Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY.

Received March 3, 1905.

Württembergisches Archiv

für

Recht und Rechtsverwaltung

mit Einschluß der Administrativ-Justiz.

Als neue Folge

der

Monatschrift für die Justizpflege.

Herausgegeben

von

Obertribunalrath Farwey in Stuttgart.

Erster Band.

Stuttgart, 1858.

Druck und Verlag von Chr. Fr. Cotta's Erben.

In Kommission bei **H. Lindemann.**

Digitized by Google

Rec. March 7, 1905

Digitized by Google

Inhalts-Uebersicht

des ersten Bandes.

Seite

Vorwort 1

I. Abhandlungen, Rechtsfälle, Entscheidungs-Gründe und Gutachten.

Zur Orientirung über die Rechtszustände in Württemberg 4

Ueber das Wesen und die Bedeutung der Ordinationen 41

Ueber einige wechselrechtliche Fragen 112

Ueber die Kompetenz zur Verhängung der Beschlagnahme des Vermögens bei widerspenstigen Militärpflichtigen 124

Ueber das Recht der Nachbarn zur Einsprache gegen einen ihre Personen und den Genuß ihres Eigenthums wesentlich störenden Gewerbebetrieb in dem Nachbargebäude 135

Zur Lehre von dem Verfahren bei Rechtsstreitigkeiten über die Hauptmängel der Hausthiere, mit Wünschen für eine neue Gesetzgebung hierüber 169

Ueber das Entschädigungsprinzip der Brandversicherung für Häuser — Versicherungswerth, Bauwerth, Zustandswerth, Verkaufswerth — in einer Darstellung der dießfälligen Bestimmungen der württembergischen älteren und neueren Gesetzgebung und einer Auslegung der Art. 19 und 24 des Gesetzes über die allgemeine Brandversicherungsanstalt vom 14. März 1853 188

Ueber die Versetzung der württembergischen Staatsdiener vom Verwaltungsfache auf geringere Stellen . . . 213

Zur Lehre vom Wasserrecht. Mit besonderer Rücksicht auf die Begrenzung der Civil- und Administrativjustiz in dieser Materie 239. 408

Mittheilungen aus der Praxis der höheren Kriminalgerichte Württembergs. 276

Das Pfändungsinstitut nach gemeinem Recht, verschiedenen Spezialgesetzgebungen und nach dem Entwurf eines Landeskulturgesetzes für Württemberg von 1853 283

Digitized by Google

Seite

Dispensation geschiedener Ehegatten zum Behufe der Wiederverehelichung 296

Bemerkungen über Geschäftsbehandlung und dießfällige Einrichtungen in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Verwaltung 303

Zur Lehre von Leibzuchtsrechten, Leibgedingen, Wohnungsrechten, — insbesondere zur Frage über Dinglichkeit und Collision derselben mit Pfandgläubigern . . . 341

Ueber die Wirkung einer von Gemeinde-Vorstehern im Interesse eines Gemeinde-Angehörigen gemachten Stipulation; insbesondere die Frage über Kompetenz der Administrativ-Justizbehörden und Civilgerichte bei einem sich ergebenden Streit in solchem Fall. Dargestellt in einem Rechtsfall über eine von einem Gemeinderath bewirkte Bestellung eines Wohnungsrechts für ein der betreffenden Gemeinde angehöriges mittelloses Ehepaar 401

II. Literarische Mittheilungen.

Das K. sächsische und thüringische Strafrecht. Ein Handbuch von Dr. C. G. v. Wächter. 1. u. 2. Lfg. 1857. 312

Civilpraktikum oder Anleitung zu Entscheidung von Civilrechtssachen in Uebungsfällen, mit Anweisung zu deren Bearbeitung und mit Auflösung der Aufgaben. In vier getrennten Abtheilungen, mit zwei Situationsplänen. (Von Obertribunalrath Sarwey in Stuttgart.) Stuttgart und Augsburg. J. G. Cotta'scher Verlag. 1856. 317

Die Gesetze über Niederlassung und Verehelichung in den verschiedenen deutschen Staaten, nebst Kritik und Vorschlägen. 1855. (Von E. Schübler, R.-Kons. in Stuttgart.) 321

Die Gemeindeordnung Württembergs und anderer deutschen Staaten. 1856. (Von E. Schübler, R.-Kons.) 324

Allgemeine Bibliographie. Monatliches Verzeichniß der deutschen und ausländ. Literatur. (Von F. A. Brockhaus in Leipzig.) 328

Systematisch geordnete Uebersicht über die literarischen Erscheinungen der Jahre 1853, 1854, 1855 330

III. Miscellen.

Ein langer Prozeß. (Eingesendet.) Mit Bemerkungen des Herausgebers 165

Digitized by Google

Württembergisches Archiv

für

Recht und Rechtsverwaltung

mit Einschluß der Administrativ-Justiz.

Als neue Folge

der

Monatschrift für die Justizpflege in Württemberg.

Herausgegeben von Obertribunalrath **Sarwey** in Stuttgart.

Erster Band.

Erste Abtheilung.

Vorwort.

Die gegenwärtige Zeitschrift bildet eine neue Folge der seit 1837 in 20 Bänden erschienenen Monatschrift für die Justizpflege in Württemberg, welche sich seit ihrem Erscheinen der Unterstützung der Staatsregierung, der Mitwirkung der ausgezeichnetsten Rechtsgelehrten und Praktiker von Württemberg und der lebhaften Theilnahme eines großen Leserkreises zu erfreuen hatte.

Die Richtung und die Einrichtungen dieser neuen Folge werden im Wesentlichen dieselben bleiben, wie sie sich bei der Monatschrift seit 20 Jahren erprobt haben, und nur darin wird die Zeitschrift eine Erweiterung erhalten, daß der Administrativ-Justiz, welche bisher nur in beschränktem Maße bedacht war, künftig eine regelmäßige Behandlung gewidmet

Digitized by Google

werden wird, wozu der Herausgeber dadurch in den Stand gesetzt ist, daß ihm gestattet wurde, Präjudikate aus der Praxis der höchsten Administrativ-Justizbehörden benützen zu dürfen und ihm entsprechende Beiträge von Andern zugesichert sind.

Um die neue Zeitschrift im Zusammenhange mit der bisherigen zu erhalten, wird in den geeigneten Fällen ein kurzer Ueberblick über die Resultate der früher in der Monatschrift gegebenen Erörterungen beigefügt werden, was für diejenigen Leser, welche die Monatschrift nicht besitzen, unter allen Umständen erwünscht seyn, aber auch denjenigen, welche sie besitzen, eine angenehme Erleichterung bei Benützung des umfangreichen Materials gewähren wird.

Die Fächer, auf welche sich das Württembergische Archiv erstrecken wird, sind: Civilrecht, Kriminalrecht, Administrativjustiz, worunter hier Alles begriffen wird, was im Gebiete der Verwaltung an Fällen und Fragen vorkommt, die eine rechtliche Seite haben, endlich freiwillige Gerichtsbarkeit.

In diesen Fächern liefert die Zeitschrift theils Abhandlungen, theils fragmentare Erörterungen und Mittheilungen aus den über einzelne Fälle verhandelten Akten.

Es werden besonders aus Fällen, welche von den höchsten Instanzen entschieden worden, wo es sich entweder um zweifelhafte oder bestrittene Rechtsfragen handelt, oder bei welchen die Frage der Subsumtion oder das Verfahren besonderes Interesse darbietet, Mittheilungen erfolgen. Besonderer Bedacht wird auf eine fortlaufende Behandlung der Frage über Begrenzung der Civil- und Administrativ-Justiz genommen werden.

Auch werden Berichte über Gesetze und Gesetzesentwürfe, sowie Erörterungen über Gesetzgebungsfragen, endlich literarische Notizen zu Erhaltung einer allgemeinen Uebersicht über die neuen Erscheinungen in den bezüglichen Fächern geliefert werden.

Die Hauptbestimmung des Blattes ist, wie bisher, ein fortschreitendes Repertorium für die Praxis zu bilden, ohne

Digitized by Google

übrigens rein wissenschaftliche Erörterungen und interessante Mittheilungen über praktische Gegenstände, z. B. organische Zustände, Rechtsstatistik u. dgl. auszuschließen. Bei ihren Mittheilungen aus der Praxis beschränkt sich die Zeitschrift nicht auf eine bloße Darlegung kurz motivirter Resultate, sondern setzt es sich zu ihrem Ziel, durch wissenschaftlich gestützte Ausführungen, Zusammenstellungen, Reflexionen, — allgemeine und vielseitige Anhaltspunkte für die rechtliche Auffassung und Behandlung der Fragen und Aufgaben des Lebens zu gewinnen. Dieselbe bewegt sich größeren Theils auf dem Boden des gemeinen Rechts und gemeinrechtlichen Verfahrens (welche in Württemberg Geltung haben). Da wo eigenthümliche württemb. Institutionen berührt werden, werden die bezüglichen Gesetzesbestimmungen und sonstige Notizen mitgetheilt, und überhaupt hiebei der bei partikularen Rechtszuständen angemessenste Weg eingeschlagen werden, das Besondere auf das Allgemeine zu bauen oder zu allgemeinen Ausführungen zu benützen, zugleich aber Jedem, dem jene Rechtszustände fremd sind, einen für Vergleichungen und Abstraktionen genügenden Einblick in dieselbe zu verschaffen. Es dürfte daher die Zeitschrift auch außerhalb Württembergs das Interesse ihrer Leser zu befriedigen im Stande seyn.

Um diese Zwecke zu erfüllen, bedarf die Zeitschrift einer vielseitigen Unterstützung durch Beiträge Anderer, und es erlaubt sich deßhalb der Herausgeber die angelegentliche Bitte, ihm solche auch künftig zu Theil werden zu lassen. Die Namen der Verfasser bleiben, wenn sie solches wünschen, ungenannt. Die Einsendung kann entweder an den Herausgeber oder an das Verlags-Comptoir gerichtet werden.

Stuttgart, im Oktober 1856.

Der Herausgeber.

Digitized by Google

Einleitung.

Zur Orientirung über die Rechtszustände in Württemberg.

Da schon die der gegenwärtigen Zeitschrift vorangegangene Monatschrift für die Justizpflege in Württemberg sich auch außerhalb Württembergs Beachtung und Eingang verschafft hat, und dieß auch für diese neue Folge um so mehr zu hoffen ist, als ihre Ausdehnung auf eine regelmäßige Behandlung des Verwaltungsrechts und der Verwaltungsjustiz ein weiteres Interesse darbietet, so hielt es die Redaktion für geboten, hier einen ganz kurzen Ueberblick über die württembergischen Rechtszustände mit einigen Notizen über die Quellen, wo Weiteres hierüber geschöpft werden kann, zu geben, wodurch sie zugleich den Zweck erreicht, künftig bei denjenigen Mittheilungen der Zeitschrift, wo Eigenthümlichkeiten der württembergischen Zustände berührt werden, Beziehung auf diese einleitenden Bemerkungen nehmen zu können. Es kann jedoch hiebei natürlich nicht von einer Darstellung von selbstständiger Bedeutung die Rede seyn; nur der Versuch soll gemacht werden, durch einige Umrisse ein Bild von dem Verhältniß des württembergischen Rechts zu dem gemeinen Recht zu entwerfen, welches dazu dienen könnte, die Beirrung zu beseitigen, welche immer mehr oder weniger darin gelegen ist, wenn man Erörterungen über partikulare Rechtsgrundlagen, deren Begränzung man nicht kennt, vor sich liegen hat.

A. Civilrecht und Prozeß.

Die hier geltenden Rechtsquellen sind:

Einheimisches Recht — mit Einschluß der Rechtsgewohnheiten,

Gemeines deutsches Recht,

Digitized by Google

Canonisches Recht,
Römisches Recht,

in der Art, daß das einheimische Recht in selbstständiger Anwendung zur Geltung kommen und die Subsidiarrechte blos zur Ergänzung dienen sollen, zunächst das gemeine Recht deutschen Ursprungs, sofort das canonische und dann erst das römische Recht.

Praktisch gestaltet sich die Sache aber ganz anders, als es hienach scheinen könnte.

Die einheimischen Rechtsquellen sind — mit Ausnahme der nicht gerade umfangreichen neuen Gesetzgebung großentheils so fragmentar, lückenhaft, unpräzis, und haben schon ihrer Entstehung nach so sehr den Charakter der bloßen Anschichtung an das gemeine Recht, oder bloßen Paraphrasirung desselben, daß man in der That ein — wenigstens praktisch richtigeres Bild erhält, wenn man sich die Sache so vorstellt. Das gemeine, besonders das römische Recht bildet in der Regel die Basis bei Auffassung rechtlicher Fragen und Entscheidung von Rechtsfällen, wobei nur auf besondere Modifikationen oder Ergänzungen durch die einheimische Gesetzgebung zu sehen ist; nur bei einzelnen Materien, namentlich bei denjenigen Rechtsinstituten, welche überall eine eigenthümliche Gestaltung haben, wie z. B. bei den ehelichen Verhältnissen, oder wo die neuere Zeit überhaupt wesentlich neue Prinzipien gebracht hat, wie z. B. bei dem Pfandrecht, tritt eine selbstständige Herrschaft der einheimischen Rechtsquellen ein, so jedoch, daß auch hier fast bei jedem Schritt wieder direkt oder indirekt die Subsidiarrechte zur Geltung kommen oder wenigstens von Einfluß werden. Man wird sich dieses Zustands im praktischen Dienst recht bewußt, wenn man sich vor Augen führt, wie oft man in der Lage ist, zunächst zu den Quellen und Autoren des gemeinen Rechts zu greifen, bis es einmal nöthig wird, sich den einheimischen zuwenden zu müssen und wie man, wenn auch letzteres eintritt, doch fast immer wieder in den Fall gesetzt ist, zu dem gemeinrechtlichen zurückgreifen zu müssen.

Digitized by Google

Das Hauptgesetzeswerk älterer Zeit für Privatrecht und Prozeß ist das Landrecht von 1610. Neben diesem liegt eine Reihe von sogenannten Ordnungen über gewisse Materien vor, z. B. Wechsel- und Wechselgerichts-Ordnung, Ehe- und Ehegerichts-Ordnung, sodann eine Landes-, Commun-, Bau-, Forst-Ordnung, welche zwar prinzipaliter Polizei und Verwaltung betreffen, aber doch manche privatrechtliche Bestimmungen eingemischt haben. Eine weitere Quelle bilden zahlreiche Reskripte über einzelne Gegenstände und Fragen, mit allgemeinen Normen, theils von dem Staatsoberhaupt, theils von den oberen Behörden ausgehend. Von allen in diesen Gesetzen und Verordnungen enthaltenen Bestimmungen besteht nur weniges mehr in voller Geltung. Von neueren Gesetzen führen wir nur solche an, welche ganze Materien mehr oder weniger vollständig geordnet oder wenigstens neue durchgreifende Prinzipien in's Leben gerufen haben: die Pfand-, Prioritäts- und Exekutionsgesetze von 1825 (vergl. Archiv für civil. Praxis, Bd. XVIII., Seite 183) mit einem s. g. Entwicklungsgesetz von 1828 und einem Correktivgesetz zu dem Exekutionsgesetz und zu einigen Bestimmungen des Pfandgesetzes vom 13. Novbr. 1855, ferner das der neuen Strafgesetzgebung folgende Gesetz über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen vom 5. Septbr. 1839 (vergl. Archiv für civil. Praxis, Bd. XXIII., Seite 33) das Gesetz über die Einführung kurzer Verjährungsfristen von 1852, ein gegen die Güterzerstücklung gerichtetes Gesetz vom 23. Juni 1853, die Gesetze über Aufhebung und Ablösung der s. g. Feuballasten von 1817, 1836, 1848, 1849, endlich die Gesetze von 1818, 1819 und 1822 über den Rechtsgang bei den unteren und oberen Gerichten.

Wir versuchen es, wenigstens ein allgemeines Bild von den Eigenthümlichkeiten des württembergischen Partikularrechts zu geben.

Zur Abstraktion allgemeiner Grundsätze bietet dasselbe für das System des Privatrechts selbst fast gar nichts, für einzelne Materien nur weniges.

Digitized by Google

Das Personenrecht mit dem Familienrecht ruht großentheils auf gemeinen deutschen Rechtsgrundsätzen oder dem römischen Recht. Hier bildet vorzüglich das Institut der die gesetzliche Regel bildenden ehelichen Errungenschaftsgesellschaft mit dem beneficium renunciationis adquaestus (s. g. weiblichen Freiheiten), einem statutarischen Erbrecht der Ehegatten und dem Nutznießungsrecht des überlebenden Ehegatten bezüglich der Erbsportion der Kinder und gewisser anderer Miterben desselben — eine eigenthümliche Aufgabe von tiefeingreifender praktischer Bedeutung.

Im Sachenrecht bestehen die Haupt-Eigenthümlichkeiten in einem neurezipirten, aber schlecht ausgebildeten System über Erwerbbeweis und Wahrung von Eigenthum und andern dinglichen Rechten durch Eintrag in öffentliche Bücher, woneben die gerichtliche Auflassung — Insinuation — bloß als rechtspolizeiliches Institut erscheint; ferner in einem auf die Grundlagen der Oeffentlichkeit und Spezialität gebauten Pfandrechtssystem mit einer hiemit in Einklang gesetzten Prioritäts-Ordnung, sodann bei dem im Wesentlichen römisch rechtlichen Intestat-Erbrecht in den hiemit enge zusammenhängenden besonderen Rechten der Eheleute; bei der Lehre von Testamenten in besonderen Testamentsformen und manchen Spezialbestimmungen, namentlich über besondere Württembergische Verhältnisse, z. B. über Pflichttheil der Ehegatten und in dem, übrigens dem gemeinen teutschen Recht im Wesentlichen entsprechenden Vertrags-Erbrecht.

Am wenigsten Eigenthümliches bietet die Lehre von den persönlichen Rechten. Einige allgemeine Grundsätze über Verträge, so z. B. über die Erfordernisse zur vollen Gültigkeit der Verträge, Verletzung, ädilizische Klagen, sodann über die Verbindlichkeiten aus unerlaubten Handlungen, ferner das bekannten Vorgängen nachgebildete Institut einer kurzen Verjährung gewisser Forderungen — sind die hier zu nennenden Eigenthümlichkeiten von durchgreifenderem Einfluß.

Im Prozeß hatte das Landrecht von 1610 seinen ersten Theil der Aufgabe gewidmet, die Sätze des gemeinen

Digitized by Google

Prozesses den damaligen Verhältnissen entsprechend zu verarbeiten, mit wenigen Bestimmungen, welche man als hievon wirklich abweichend bezeichnen könnte.

Eine höchst fragmentare neuere Gesetzgebung lieferte in einem Edikt vom 31. Dezember 1818 (gewöhnlich kurzweg als IV. Edikt bezeichnet) Grundsätze über das Verfahren der Untergerichte (vergl. Archiv für civil. Praxis Bd. III. Seite 232 ff.), in einer sogenannten provisorischen Verordnung vom 22. September 1819 eine Anpassung jener Grundsätze auf das Verfahren bei den höheren Gerichten und in einer sogenannten Justiz-Novelle vom 15. September 1822 (vergl. Archiv für civil. Praxis Bd. VI. S. 6 ff.) einzelne Correktivbestimmungen über beide vorstehende Gesetze.

Diese Gesetze enthalten großentheils Bestimmungen über den Gerichtsorganismus und Gerichtsstyl; namentlich ist hier der Grundsatz der Trennung der Justiz und Verwaltung, welche bisher in dieser Instanz nicht bestand, durchgeführt. Die das Innere des Verfahrens betreffenden eigenthümlichen Grundsätze lassen sich in Kürze dahin bezeichnen — Vorherrschen der Instruktionsmaxime mit möglichster Freiheit in der Offizialthätigkeit des Richters und Aufnahme der Eventualmaxime in weitem Umfang, Ausschluß der Rechtskraft bei allen bloß den Gang des Prozesses, nicht das materielle Rechtsverhältniß berührenden Schritten, und hiemit Reduktion der Appellationen in der Regel auf einen Instanzenzug, endlich Verstärkung des Kontumazialverfahrens durch das Prinzip der Annahme des fingirten Zugeständnisses und des Offizialvorschreitens mit den Ungehorsamspräjudizien.

Von diesen Grundsätzen wurde natürlich das Beweisververfahren (bei welchem die damalige preußische Gesetzgebung wesentlichen Einfluß übte) stark betroffen; dasselbe erhielt durch Wegfallen der Rechtskraft der Beweis-Interlocute und Einräumung einer fast maßlosen Freiheit der Bewegung von Richter und Parteien einen sehr breiten Boden.

Die Lehre von den Rechtsmitteln und das Verfahren in den höheren Instanzen hat zwar natürlich in Folge der oben

Digitized by Google

angeführten Grundsätze auch hier und dort eine andere Gestalt erhalten; jedoch mehr in den Resultaten, als in den gesetzlichen Dispositionen hierüber. Man kann daher wohl sagen, daß der Württembergische Prozeß außer einer gewissen im Beweisverfahren und in dem Rechtszug an die höheren Instanzen sich ergebenden besondern Gestaltung keine von der Natur des gemeinrechtlichen, stark abstechende Seite darbiete.

Im Uebrigen sind die prozessualen Bestimmungen des Landrechts durch die angeführten Gesetze großentheils antiquirt, dabei aber der gemeine Prozeß nicht bloß in den allgemeinen Lehren, sondern durch das ganze Verfahren hindurch die wesentliche Grundlage geblieben, weil auch da, wo die neuen Gesetze ihren eigenen Weg gehen, es viel zu sehr an der gehörigen Ausbildung derselben fehlt, als daß man in der Anwendung hiemit ausreichen könnte.

Von den bestehenden organischen Einrichtungen ist zu bemerken, daß die Civiljustiz in erster Instanz von den Oberamtsgerichten für Bezirke von 25—30,000 Einwohnern verwaltet wird, daneben nur für gewisse Sachen, namentlich Bagatellsachen, sogenannte Untergangssachen, d. h. Streitigkeiten über Gebäude und Grundstücke, wobei es vorzüglich auf Augenschein ankommt, und Provisorien auch den Gemeindebehörden eine beschränkte Jurisdiktion eingeräumt ist. Diese Oberamtsgerichte werden durch einen Oberamtsrichter und 1—2 Oberamtsgerichtsaktuare, auch nach Umständen beigegebene Assistenten, als rechtsgelehrte Mitglieder besetzt; neben diesen sind eine Anzahl durch indirekte Volkswahl berufener Gerichtsbeisitzer, meist aus dem Bürgerstand, bestellt. Die Instruktion des Verfahrens geschieht von einem rechtsgelehrten Gerichtsmitglied unter Zuzug zweier Gerichtsbeisitzer; für alle einer Rechtskraft fähige Entscheidungsfragen wird das Oberamtsgerichtskollegium aus dem Oberamtsrichter, Aktuar und wenigstens drei Oberamtsgerichtsbeisitzern mit Stimmrecht konstituirt. Die zweite Instanz bilden die Civilsenate der vier Kreisgerichtshöfe, die dritte Instanz der Civilsenat des Obertribunals.

Digitized by Google

Wir schließen diese Darstellung, welche mit Rücksicht auf die von der Redaktion sonst zu nehmenden Rücksichten auf ein paar Seiten zusammengepreßt werden mußte, mit dem Bemerken, daß ein genaueres Bild über den Gegenstand derselben aus dem kürzlich von dem Herausgeber dieser Zeitschrift erschienenen Civil-Praktikum Heft 1. S. 6—52 zu entnehmen ist.

Von der zu Vorstehendem gehörigen Litteratur führen wir, gleichfalls unsere beschränkten Grenzen im Auge behaltend, nur folgende Schriften an:

Wächter, Handbuch des in Württemberg geltenden Privatrechts Bd. I. Abth. 1. 1839, Abth. 2. 1842, zus. 1146 Seiten, Bd. II. 1842—1846, 850 Seiten enthaltend.

Obgleich dieses Werk noch nicht vollständig erschienen ist, so findet man doch schon in dem ersten die Geschichte, Quellen und Litteratur des Württembergischen Privatrechts enthaltenden Band eine so durchsichtige und erschöpfende Darstellung, daß hiedurch Jeder in den Stand gesetzt ist, sich auf dem Boden des Württembergischen Rechts zurecht zu finden.

(Vergl. die Anzeige in Richter's und Schneider's Jahrbüchern Bd. XV. S. 233 und 330.)

Der zweite, die allgemeinen Lehren enthaltend, mußte in Folge des oben geschilderten Zustands des Württembergischen Partikularrechts sich in einer Weise gestalten, daß er mit vollem Recht als der allgemeine Theil eines gemeinrechtlichen Pandekten-Kompendiums bezeichnet werden könnte *), welcher übrigens die wenigen hier eintretenden Eigenthümlichkeiten des Württembergischen Rechts in einer das Bedürfniß gleich befriedigenden Weise einreiht.

---

*) **Wäre nicht, wie oben ausgeführt, das Württembergische Recht ein bloßes Aggregat des gemeinen Rechts, so wäre in der That zu bedauern, daß Wächter demselben seine volle Kraft zugewendet hat. So aber wird sein Handbuch allerdings überall, wo gemeines Recht gilt, eben so gute Dienste leisten, als in Württemberg.**

Digitized by Google

Reyscher, das gemeine und Württembergische Privatrecht in 3 Bänden, 1837—1848 (mit einer noch vor dem Erscheinen des dritten Bandes erfolgten neuen Auflage von Bd. I. und II.),

ein Handbuch, welches „eine das gesammte in Württemberg geltende, also auch die Institute römischen und germanischen Ursprungs und die Grundsätze des gemeinen Rechts, soweit sie in Württemberg eingreifen, umfassende systematische Darstellung" beabsichtigt.

(Vergl. Jahrbücher von Richter und Schneider, Bd. XXI. S. 498.)

Weishaar, Handbuch des Württembergischen Privatrechts. Dritte umgearbeitete Auflage in 3 Bänden. 1831.

Der erste Versuch, das Württembergische Partikularrecht systematisch darzustellen, wurde von dem Verfasser schon im Jahre 1804 gemacht. Nur so viel ist aus dem gemeinen Recht aufgenommen, als die Württembergischen Gesetze selbst aufgenommen hatten, oder des Zusammenhangs und Verständnisses wegen nothwendig war. Wäre nicht die erste Ausgabe von Thibaut's Pandekten erst im Jahre 1805 erschienen, so könnte man glauben, Weishaar habe sich diese zum Muster für die Darstellung seines Stoffes genommen.

Griesinger, Commentar über das Württembergische Landrecht in 10 Bänden. 1793—1808.

Eine analytische Erklärung zu den einzelnen Paragraphen des Landrechts, in der Form nicht ganz befriedigend, aber grundgelehrt, besonders bei der steten Herbeiziehung des römischen Rechts, dessen Litteratur in den Noten äußerst reichhaltig dargelegt ist.

Reinhard, Commentar zum Württembergischen Landrecht in 4 Bänden, 1821—1825,

enthält den Text des Landrechts mit einer Umschreibung desselben in moderner Sprache, welch' letztere besser weggeblieben wäre, und in den Noten eine Erläuterung des Landrechts selbst und Notizen über neuere gesetzliche Bestimmungen und Ansichten Anderer.

Digitized by Google

Schüz, Württemb. Civilprozeß mit Einschluß des Konkurs- und Wechselprozesses, dargestellt in Zusätzen zu Linde's Civilprozeß, 1834,

ein Buch, das, obgleich wenige selbstständige Ausführungen enthaltend und mit manchen Mängeln behaftet, doch sehr verdienstlich ist, und einen recht genauen Einblick in das Württembergische Verfahren gewährt, da es eine ziemlich vollständige und klare Compilation der bestehenden gesetzlichen Bestimmungen mit Digression auf die Gerichtspraxis gibt.

B. Im Strafrecht und Strafprozeß

ist in Württemberg an die Stelle des gemeinen Rechts und einzelner Partikulargesetze das Strafgesetzbuch vom 1. März 1839 und die Strafprozeßordnung vom 22. Juni 1842 getreten.

Zugleich mit dem Strafgesetzbuch war ein Einführungsgesetz, ein Gesetz über die Competenz der Gerichte in Strafsachen, dessen wesentlicher Inhalt später in die Strafprozeßordnung überging, und ein Gesetz über Bestrafung der Verfehlungen gegen Finanz- und Forstgesetze publizirt worden.

Am 2. October 1839 erschien sodann ein Polizeistrafgesetz über solche polizeiliche Uebertretungen, welche mit den im Strafgesetzbuch bezeichneten Verbrechen und Vergehen im Zusammenhang stehen, und endlich wurde am 2. Oktober 1845 ein Gesetz in Betreff der gerichtlichen Bestrafung derjenigen, welche den Transport auf Eisenbahnen gefährden, erlassen, womit sich die Strafgesetzgebung vor dem Jahr 1848 abschließt.

Dem Württembergischen Strafgesetzbuch war bekanntlich in der neueren deutschen Straflegislation das Baierische Strafgesetzbuch von 1813 und das K. Sächsische Kriminalgesetzbuch von 1838 vorangegangen; aber nicht nur diese Gesetzbücher, sondern auch die um jene Zeit in mehreren deutschen Ländern veröffentlichten Entwürfe, insbesondere die Baierischen (von 1827 und 1831) und die Hannöverschen, so-

Digitized by Google

wie die Kammerverhandlungen über die letzteren, sind bei der Württembergischen Codifikation benützt worden.

Auf den Inhalt des Württembergischen Strafgesetzbuchs einzugehen und ihm seine Stelle in der Fortentwicklung der deutschen Strafgesetzgebung anzuweisen, ist hier nicht der Ort, und es kann in dieser Beziehung namentlich auf

Mittermaier, „die Strafgesetzgebung in ihrer Fortentwicklung“,

verwiesen werden.

Für die Auslegung und Anwendung des neuen Gesetzbuchs und für Anbahnung einer gleichförmigen Praxis war es sehr förderlich, daß die höheren Gerichte unter Leitung der obersten Aufsichtsbehörde ihre Präjudizien über schwierige und bestrittene Fragen einander mittheilten, beziehungsweise zur weiteren Diskussion brachten; sodann haben zu ebendemselben Zweck und zu einer wissenschaftlichen Verarbeitung des gesetzlichen Materials die Commentare von Hufnagel und Hepp und des letzteren Werk über die Staatsverbrechen nach gemeinem und Württembergischem Recht das Ihrige beigetragen.

Diese Thätigkeit auf dem praktischen und wissenschaftlichen Gebiet setzte das Justizministerium in den Stand, schon im Jahr 1846 zur Vorbereitung einer durchgreifenden Revision des Gesetzbuches zu schreiten, zu welchem Zweck von den höheren Gerichten umfassende Gutachten erstattet wurden.

Es wird für die Verfolgung des weiteren Ganges der Württembergischen Strafgesetzgebung nicht ohne Interesse seyn, einige Erfahrungen, welche sich schon in den ersten 7 Jahren der Anwendung des Gesetzbuchs besonders fühlbar gemacht hatten, hier hervorzuheben.

Man hat, was zunächst das Strafsystem und insbesondere die Freiheitsstrafen betrifft, auszustellen gefunden, daß einerseits die enge Grenze der (nicht infamirenden) Gefängnißstrafe (2 Jahre, ausnahmsweise 6 Jahre) das Gesetzbuch genöthigt hat, bei einzelnen Verbrechen, welche in der öffentlichen Meinung nicht entehren, infamirende Freiheitsstrafen

Digitized by Google

anzudrohen, wogegen andererseits entehrende Verbrechen, wie Landstreicherei, Diebstahl, Diebshehlerei, Unterschlagung, Betrug mit an sich nicht infamirender Gefängnißstrafe bedroht sind, so daß in den Kreisgefängnissen Uebertreter der verschiedensten Kategoricen zusammenkamen. Auch wurde der Unterschied zwischen den beiden infamirenden Freiheitsstrafen (Arbeitshaus und Zuchthaus) so unerheblich gefunden, daß eine Verschmelzung beider Strafarten in Eine im Interesse der Vereinfachung als wünschenswerth erschien. Sodann wurde über zu große Häufigkeit der Ehrenstrafen geklagt, eine Bestimmung, wodurch die Wiederherstellung der Ehrenrechte durch die Gerichte nach Umfluß eines gewissen Zeitraums möglich gemacht wird, vermißt, und das Surrogat an Freiheitsstrafe im Falle der Nichtanwendbarkeit der Ehrenstrafen als zu hoch gegriffen bezeichnet. Es wurde ferner unzweckmäßig gefunden, daß nach dem Strafgesetzbuch körperliche Züchtigung bei gewissen Verbrechen als Schärfung der Freiheitsstrafe erkannt werden muß und endlich erhoben sich schon jetzt gewichtige Stimmen gegen die Zweckmäßigkeit der aus dem französischen Recht herübergenommenen Stellung unter polizeiliche Aufsicht. — Im Kapitel über Vorsatz und Fahrläßigkeit, Vollendung und Versuch, Urheber und Theilnehmer wurden die Definitionen und Abstufungen als zu häufig und die eine und andere Begriffsbestimmung als unhaltbar erfunden, sodann hinsichtlich der Zurechnung für den Richter das Recht in Anspruch genommen, beim Zusammentreffen mehrerer gewichtiger Strafminderungsgründe unter das niederste gesetzliche Strafmaß herunter zu steigen.

Im besonderen Theil des Gesetzbuchs wurde hauptsächlich die durchgreifende Eintheilung in Staats- und Privatverbrechen als eine Quelle von Schwierigkeiten und Controversen angegriffen und dabei insbesondere des dem Württembergischen Recht eigenthümlichen Vergehens der Amtsehrenbeleidigung gedacht. Sodann waren die vielen Abstufungen bei manchen Verbrechen, z. B. Widersetzung, Aufruhr, Diebstahl, Brandstiftung, — bei anderen, insbesondere dem Falschmün-

Digitized by Google

zen, den ausgezeichneten Diebstählen, dem Diebstahlsrückfall und der Täuschung bei Amtshandlungen, die zu hohen Strafminima Gegenstand des Tadels.

Die Revisionsarbeiten wurden durch die Ereignisse des Jahrs 1848 unterbrochen, dagegen sollte dem nunmehr noch gesteigerten Reformbedürfniß durch das Gesetz vom 13. August 1849, betreffend die Abänderung einiger Bestimmungen des Strafgesetzbuchs und der Strafprozeßordnung, vorerst Genüge geleistet werden. Diesem Gesetz lag, abgesehen von der Durchführung der Grundrechte bezüglich der Abschaffung der Todesstrafe und körperlichen Züchtigung — die Absicht zu Grund, einige der fühlbarsten Mängel des Strafgesetzbuchs zu verbessern und insbesondere diejenigen Umgestaltungen vorzunehmen, welche das neu einzuführende Schwurgerichtsverfahren dringend erheische.

Ob es für letzteren Zweck nöthig war, die Bestimmungen über Vorsatz und Fahrläßigkeit ganz zu entfernen und die Lehre vom Versuch und der Theilnahme so radikal (und unter dem Einfluß des französischen Rechts) umzuarbeiten, ist neuerlich

(s. **Wächter, Handbuch des K. Sächsischen und des Thüringischen Strafsrechts S. 39**)

wohl mit Grund bezweifelt worden.

Im Uebrigen aber hat das gedachte Gesetz den oben ausgehobenen Erfahrungen mehr oder weniger Rechnung getragen und hienach bezüglich der Freiheits- und Ehrenstrafen, und des Surrogats der letzteren, ferner in Betreff der Ehrenkränkung gegen öffentliche Behörden und Diener und einiger seither auch im niedersten Betrag mit entehrender Strafe bedroht gewesenen Diebstähle, sowie der Strafandrohungen beim Diebstahlsrückfall und der Täuschung bei Amtshandlungen entsprechende Aenderungen eingeführt. Auch wurden die Bestimmungen über den Zusammenfluß von Verbrechen im Hinblick auf das Schwurgerichtsverfahren abgeändert und die gesetzlichen Normen in Betreff des Hochverraths in mildernder Richtung, endlich diejenigen über das Vergehen der

Digitized by Google

Unterschlagung, welche nunmehr in der Regel nur auf Klage bestraft werden solle, im Sinne der gemeinrechtlichen Unterscheidung zwischen bleibender und zeitlicher Unterschlagung umgearbeitet.

In diese zweite Periode der Württembergischen Gesetzgebung im Strafrecht gehört noch das Gesetz über das Jagdwesen vom 17. August 1849, welches in Beziehung auf das Vergehen der Wilderei und der angrenzenden Vergehen, sowie der Widersetzung von Wilderern und Jagdfrevlern die bezüglichen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs abänderte.

Die auf die Bewegungsjahre gefolgte Periode der Restauration hatte wiederum neue Gesetze auf dem Gebiet des Strafrechts im Gefolge.

Durch das Gesetz vom 17. Juni 1853 wurde die Todesstrafe — jedoch unter Beschränkung auf gewisse Fälle von Hochverrath, die mit Vorbedacht zugefügte körperliche Mißhandlung des Königs und Mord, — sowie die Strafe der körperlichen Züchtigung wieder eingeführt, letztere in größerer Ausdehnung, als sie früher bestanden hatte, jedoch in der Weise, daß in Beziehung auf ihre Anwendung den Gerichten ein größeres Ermessen eingeräumt wurde und diese Strafart nicht mehr, wie früher, in gewissen Fällen erkannt werden muß. — Zugleich wurde die Vollziehung der Hinrichtungen (mit dem Fallbeil) in geschlossenem Hofraum mit beschränkter Oeffentlichkeit eingeführt, welche Einrichtung in den seither vorgekommenen sechs Hinrichtungsfällen nach allgemeinem Urtheil sich als durchaus zweckmäßig bewährt hat. Sodann wurde durch Gesetze vom 2. Mai 1852 und 11. Juni 1853 das Polizeistrafgesetz in wesentlich verschärfender Richtung abgeändert und ergänzt und durch ein Gesetz vom 23. Juni 1853 die Bestrafung der Verbrechen gegen den deutschen Bund neu normirt.

Endlich ist des Gesetzes vom 14. April 1855, betreffend einige Abänderungen hinsichtlich des Maßes und des Vollzugs der Freiheitsstrafen, Erwähnung zu thun, eines Gesetzes, das aus nur wenigen Artikeln besteht, aber von ebenso tief ein-

Digitized by Google

schneidender, als, wie wohl schon jetzt ausgesprochen werden darf, wohlthätiger Wirkung ist. In der Erwägung nämlich, „daß unser Strafsystem sowohl an sich, als in Vergleichung mit der neuern Gesetzgebung und den Gesetzesentwürfen anderer Länder in dem Maße seiner Freiheitsstrafen überhaupt, insbesondere aber dem der schwereren als ziemlich hoch gegriffen erscheint, daß aber für die Nothwendigkeit lange dauernder Freiheitsstrafen kaum zureichende theoretische Gründe, noch weniger günstige Erfolge sich anführen lassen, welche man denselben bezüglich einer gesicherteren Besserung der Gestraften oder einer Verminderung der Verbrechen zu danken hätte, wogegen diese Dauer als mitwirkende Ursache der bestehenden Ueberfüllung der Strafanstalten erscheint" (vergl. Motive zum Entwurf jenes Gesetzes), — in dieser Erwägung wurde bestimmt, daß die Arbeitshausstrafe künftig durchweg im Betrag von zwei Drittheilen und die Zuchthausstrafe im Betrag von vier Fünftheilen der nach bisherigem Recht verwirkten Strafdauer auszumessen sey. Die praktische Folge dieses Gesetzes äußert sich besonders darin, daß die theilweise zu hoch gegriffenen Strafen für ausgezeichnete Diebstähle und Diebstahlsrückfall erheblich abgekürzt worden sind; — und wenn die Zahl der Gefangenen in den höheren Strafanstalten Württembergs seit einem Jahr um mehr als tausend abgenommen hat, so darf diese erfreuliche Thatsache zum guten Theil auf Rechnung dieses Gesetzes geschrieben werden. Zugleich wurde durch das gedachte Gesetz der bisherige Unterschied in der Vollziehung der Zuchthaus- und Arbeitshausstrafe aufgehoben, und endlich sind in der Vollziehung der Freiheitsstrafen, namentlich in der Richtung Aenderungen eingetreten, daß der Grundsatz der Trennung der mit dem Verlust der Ehrenrechte belegten Verbrecher von den übrigen folgerichtig durchgeführt wurde.

Noch ist anzuführen, daß die Staatsregierung Entwürfe über Einführung der Einzelhaft, über Bestrafung der Vergehen gegen die Presse und das Verfahren bei denselben und über Aenderung der Bestimmungen hinsichtlich der Stellung unter polizeiliche Aufsicht bei den Ständen eingegeben hat.

Digitized by Google

Die Strafprozeßordnung von 1843 — um nunmehr auf diesen Zweig der Strafgesetzgebung überzugehen — war nach dem am gleichen Tag publizirten Einführungsgesetz nur in provisorischer Weise und auf die Dauer von sechs Jahren verabschiedet worden, und erst durch das Gesetz vom 1. April 1852 wurde ihre Wirksamkeit, soweit sie nicht inzwischen durch neuere Gesetze Aenderungen erlitten hat, bis auf Weiteres für fortdauernd erklärt. —

Dieselbe hat sich im Allgemeinen als eine gute Codifikation der damals in den deutschen Ländern diesseits des Rheins in Geltung gewesenen Strafprozeßnormen bewährt. In der Hauptsache auf das Prinzip der Schriftlichkeit und den Inquisitionsprozeß gegründet, hat jenes Gesetz der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit eine beschränkte Konzession gemacht durch Einführung eines öffentlichen Schlußverfahrens in schweren Straffällen, wobei ein Staatsanwalt mitzuwirken hatte, eine Einrichtung, welche jedoch, ohne die Vortheile der Mündlichkeit zu gewähren, die Entscheidung der wichtigsten Strafprozesse erheblich verzögerte, übrigens nicht einmal diejenige Entwicklung erfuhr, welcher sie fähig war, und schließlich, soweit nicht das Schwurgerichtsverfahren an ihre Stelle trat, durch das schon erwähnte Gesetz vom 1. April 1852 aufgehoben worden ist.

Die Jahre 1848 und 1849 bilden, wie in andern deutschen Staaten, so auch in Württemberg einen Wendepunkt in der Strafprozeßgesetzgebung. Zuvörderst wurde durch die K. Verordnung vom 25. Juli 1848 für Preßprozeßsachen mündliches und öffentliches Anklageverfahren eingeführt, sodann aber dieses Verfahren durch das oben angeführte Gesetz vom 13. August 1849 weiter normirt. Durch eben dieses Gesetz wurde ferner die Strafprozeßordnung in mehreren Punkten abgeändert, insbesondere bestimmt, daß auf Entbindung von der Instanz nicht mehr erkannt werden solle. Durch Gesetz vom 17. August 1849 erfolgte die Aufhebung der privilegirten Gerichtsstände.

Die wichtigste Neuerung aber bildet die Einführung des

Digitized by Google

Verfahrens vor Geschworenen für eine Reihe von Strafsachen durch das Gesetz vom 14. August 1849. Diesem Gesetz, welches mit den Schwurgerichtsgesetzen anderer deutscher Staaten das französische Recht zur gemeinsamen Quelle hat, liegt vorzugsweise der großherzogl. hessische Entwurf von 1848 zu Grunde, auch sind die badischen und baierischen Entwürfe benützt worden. Für die Auslegung und Anwendung desselben sind die in einer vom K. Justizministerium veranstalteten Versammlung der Schwurgerichtspräsidenten und Staatsanwälte am 21. und 22. Dezember 1849 gefaßten Beschlüsse und die in der Monatschrift (XVII. und XIX. Band) gesammelten Entscheidungen und Beschlüsse des Kassationshofes von besonderer Bedeutung. Ueber die seitherigen Erfahrungen hinsichtlich des Verfahrens vor den Geschworenen im Allgemeinen und des Württembergischen Gesetzes im Besonderen sich zu verbreiten, gestattet die Grenze dieses einleitenden Aufsatzes nicht und mag einer besonderen Mittheilung vorbehalten bleiben. — Dagegen muß noch eine kurze Skizze der Organisation der mit der Kriminalrechtspflege betrauten Behörden in Württemberg gegeben werden, zunächst aber die Bemerkung hier Platz finden, daß die Unzuträglichkeiten einer nur theilweisen Einführung des mündlichen Anklageverfahrens und der Staatsanwaltschaft das Bedürfniß einer nach Einem Prinzip durchzuführenden Reform nahe gelegt haben.

Den Oberamtsgerichten (in der oben S. 9 angeführten kollegialen Zusammensetzung) steht in einzelnen von der Strafprozeßordnung bestimmten Arten von Verbrechen und Vergehen die Entscheidung in erster Instanz zu, sofern die zu erkennende Strafe nicht zweijähriges Gefängniß übersteigt und nicht Dienstentlassung Folge der Strafe ist. In allen übrigen Strafsachen bilden die Oberamtsgerichte (das rechtsgelehrte Mitglied mit zwei Gerichtsbeisitzern als Scabinen) die Untersuchungsbehörde.

In denjenigen Strafsachen, welche der Kompetenz der Oberamtsgerichte entzogen und nicht den Schwurgerichten zugewiesen sind, erkennen die Kreisgerichtshöfe (Kriminalsenate) als erste Instanz; ferner entscheiden sie als zweite Instanz über

Digitized by Google

Rekurse gegen oberamtsgerichtliche Straferkenntnisse und endlich bilden sie die Anklagekammern in denjenigen Strafsachen, welche vor die Schwurgerichte gehören.

In letzteren Strafsachen erkennen die aus drei, beziehungsweise fünf Richtern einschließlich des Präsidenten, dem Staatsanwalt und dem Gerichtsschreiber zusammengesetzten Schwurgerichtshöfe unter Zuziehung von 12 Geschworenen.

Das Obertribunal (Kriminalsenat) ist Rekursgericht für diejenigen Strafsachen, in welchen gegen die Straferkenntnisse der Kreisgerichtshöfe Berufung eingelegt wird; sodann entscheidet diese oberste Gerichtsstelle als Kassationshof über Nichtigkeitsbeschwerden und Gesuche um Wiederaufnahme der Untersuchung in Schwurgerichtssachen. — Bei jedem der 4 Gerichtshöfe ist ein Staatsanwalt angestellt, dessen Thätigkeit, ohne sich auf die von den Oberamtsgerichten zu führenden Voruntersuchungen zu erstrecken, im Wesentlichen auf die Erhebung und Durchführung der Anklage in Schwurgerichtsfällen beschränkt ist. Beim Kassationshof funktionirt ein General-Staatsanwalt, dessen Anträge vor jedem Beschluß dieser Behörde zu vernehmen sind, welcher diese Beschlüsse vollzieht und überdieß die nächste Aufsicht über die Geschäftsführung der Staatsanwälte auszuüben hat.

Die Literatur über den Württembergischen Strafprozeß beschränkt sich im Wesentlichen auf den Kommentar von Holzinger über die Strafprozeßordnung, das kleine Werk des gleichen Verfassers über die Schwurgerichte in Württemberg und die Anmerkungen von Knapp zur Strafprozeßordnung.

C. Verwaltungsrecht und Verwaltungsjustiz.

Wir nehmen, wie aus dem Vorwort erhellt, diese Ausdrücke in dem weitesten Sinn, wornach sie allerdings ein großes Gebiet umfassen, wogegen sich der Umfang des Stoffes dadurch, daß, wie sich dieß bei einer derartigen Zeitschrift von selbst ergibt, die Richtung vorzüglich auf Gegenstände und Fragen von allgemeiner Bedeutung und vielseitigerem Interesse genommen wird, wieder ziemlich reduzirt.

Digitized by Google

Es ist zunächst hervorzuheben, daß nach der hier zu Grund gelegten Terminologie unser Gegenstand eine gedoppelte Seite hat, einmal die Beziehung auf Verhältnisse, welche dem Kriminalrecht, und dann solche, welche dem Civilrecht parallel laufen. So wesentliche Verschiedenheiten auch beide Kategorieen darbieten, so ließ sich doch bei dieser Einleitung eine Trennung nicht wohl durchführen. Bei den Verhältnissen, welche dem Kriminalrecht entsprechen, ist übrigens die Analogie eine weit prägnantere; Gesetze und Verfahren bilden sich hier so ziemlich nach dem gleichen Typus und auch die thatsächliche Gestaltung der Fälle ist in der Regel in beiderlei Zweigen eine sehr ähnliche. Ganz anders verhält es sich bei der zweiten Kategorie, der Parallele des Civilrechts. Es hat dieß seinen natürlichen Grund darin, daß bei der ersten Kategorie in der Regel das gleiche Motiv und Prinzip herrscht oder wenigstens vorherrschend ist, — die Richtung auf das Verhältniß des Einzelnen zum Staatsverein; bei der zweiten Kategorie kommt häufig zu dem Verhältniß der Einzelnen zum Staatsverein auch das Verhältniß der Einzelnen unter sich hinzu. Wer auf seinem Grundstück baut, hat es nicht bloß mit den aus Rücksicht auf das Ganze aufgestellten öffentlichrechtlichen Normen zu thun, sondern gewöhnlich auch mit besonderen öffentlichen Rechten seiner Nachbarn.

In Württemberg war Polizei, Regiminalwesen und Verwaltung im engeren Sinne von der Justiz bis zum Anfang dieses Jahrhunderts nicht einmal bei den oberen Behörden, in den unteren aber sogar erst seit 1819 streng abgeschieden; es ist deßhalb natürlich, daß eine scharfe und systematische Auffassung und Behandlung der bezüglichen Begriffe und Grundsätze, besonders was die Kompetenz betrifft, nicht stattfinden konnte. Seit etwa 30 Jahren wurden in dieser Beziehung die französischen Institutionen und Normen von wesentlichem Einfluß und als einmal die Abscheidung bezüglich der organischen Einrichtung der Behörden eingetreten war, führte die Praxis der Behörden von selbst zu einer näheren Entwicklung der Sache.

Digitized by Google

Die einschlagenden älteren Gesetze, z. B. die Landesordnung — hauptsächlich Polizeigesetz — die Commun-Ordnung — Gemeindegesetz — und andere Ordnungen und Reskripte enthalten, soweit es sich von der Parallele des Civilrechts handelt, meist nur Vorschriften über Ordnung und Führung der Verwaltung. Der Punkt des Rechts, besonders der einzelnen Staatsbürger, wurde hiebei selten beachtet, jedenfalls nicht behandelt; einige Grundbestimmungen der Landes-Verfassung, einige Sätze in den verschiedenen Gesetzen, meist sehr unbestimmt und unvollständig, endlich die Observanz und das Ermessen der Behörden bildeten eigentlich die einzigen Normative für das, was später zu selbstständigen Aufgaben unter der Bezeichnung Verwaltungsrecht und Verwaltungsjustiz erhoben wurde.

Die Gesetzgebung von der Zeit der Verfassung an (1819) nahm eine bestimmtere Richtung auf den rechtlichen Gesichtspunkt. Allein an allgemeinen Bestimmungen über die obersten Grundsätze des Verwaltungsrechts, sodann über eine prinzipielle Begrenzung des Gebiets der Verwaltungsjustiz von dem ordentlichen Rechtsweg fehlt es noch immer sehr. Es ist übrigens hier zu bemerken, daß die Normen über die Verhältnisse, welche den Gegenstand des Verwaltungsrechts und der Verwaltungsjustiz bilden, seit der Verfassung von 1819 ziemlich umfangreich geworden sind; nicht bloß durch auf ständischem Wege zu Stande gekommene Gesetze und die von der Staatsregierung hierzu ertheilten Instruktionen, welche häufig auf besonderen, bei den ständischen Verhandlungen vorgekommenen Erörterungen beruhen, sondern auch durch Verordnungen, welche das Staatsoberhaupt ohne ständische Zustimmung auf Grund der bestehenden Gesetzgebung nach den Anträgen der Ministerien und Begutachtung des Geheimenraths erließ; endlich durch allgemeine Verfügungen, welche die Ministerien auf Grund der Gesetze und Verordnungen für sich edicirten.

Es kann natürlich auch hier von einer näheren Darlegung der bestehenden Gesetze und der geltenden Grundsätze nicht die Rede seyn; doch mögen einige kurze Notizen hier-

Digitized by Google

über auch hier eine Stelle finden. Das Grundgesetz, die Verfassungsurkunde von 1819 enthält einige Bestimmungen, welche lange Zeit vielfach geltend gemacht wurden, und viele Controversen veranlaßten, bis man sich überzeugte, daß damit eigentlich nichts gegeben sey, als eine ausdrückliche Wahrung von Axiomen eines wohlgeordneten verfassungsmäßigen Staats, deren Deutung und Anwendung aber in den schwierigsten Beziehungen erst gesucht werden müsse. Da sich jedoch hieran einige für unsern Zweck dienliche Notizen und Bemerkungen anknüpfen lassen, so gehen wir etwas näher hierauf ein.

Verfassungsurkunde §. 36. „Jeder hat das Recht, über gesetz- und ordnungswidriges Verfahren einer Staatsbehörde oder Verzögerung der Entscheidung, bei der unmittelbar vorgesetzten Stelle schriftliche Beschwerde zu erheben, und nöthigenfalls stufenweise bis zur höchsten Behörde zu verfolgen."

Es gibt vielleicht kaum ein deutsches Land, wo von dem Beschwerderecht ein so umfassender Gebrauch gemacht werden kann und gemacht wird, als in Württemberg. Es war solches schon vor dem Erscheinen der Verfassungsurkunde in hohem Grade der Fall, steigerte sich aber noch durch die angeführte Bestimmung derselben.

In gerichtlichen Sachen war und ist allerdings durch die gesetzlichen Bestimmungen über die Rechtsmittel mehr Maaß und Ziel gegeben; im Fache der Verwaltung und der Verwaltungsjustiz führte die Sache am Ende zu großen Mißständen.

Es hat deßhalb die Gesetzgebung seit ein paar Jahrzehenten einer Abhilfe Bedacht genommen und, theils in besonderen Gesetzen, deren neuestes vom 13. November 1855 ist, theils in den Gesetzen über gewisse Materien, Nothfristen zu Anmeldung und Ausführung der Beschwerden festgesetzt, auch die Instanzenzahl beschränkt.

Verfassungsurkunde §. 93. „Die Gerichte, sowohl die bürgerlichen als die peinlichen, sind innerhalb der Grenzen ihres Berufes unabhängig."

Digitized by Google

Die Worte: „innerhalb der Grenzen ihres Berufs" bilden ein zwar sehr natürliches Temperament des Satzes selbst; denn eine so weit gehende Freiheit der Bewegung der Gerichte, daß ihnen gestattet wäre, in alle und jede Zweige der Staatsverwaltung einzugreifen, kann vernünftigerweise nicht vindizirt werden; allein es ist natürlich, daß auf den Grund dieser Bedingung die Verfügungen des Gerichts auf jedem Schritt möglicher Weise angefochten werden können. Sobald behauptet wird, das Gericht bewege sich bei diesem oder jenem Schritt nicht innerhalb der Grenzen seines Berufs, so entsteht ein Konflikt; es kann ein solcher erhoben werden gegen das erste Einschreiten in einer Sache, wie gegen das letzte Erkenntniß, wenn behauptet wird, es handle sich gar nicht um eine Justizsache.

Verfassungsurkunde §. 94. „Der K. Fiskus wird in allen Privatrechtsstreitigkeiten bei den ordentlichen Gerichten Recht geben und nehmen."

Auch hiemit ist nichts erreicht, da die den Fiskus vertretende Verwaltungsbehörde immer behaupten kann, der Streit, wegen dessen ein gerichtliches Verfahren eingeleitet werden soll, sey keine Privatrechtssache.

Verfassungsurkunde §. 95. „Keinem Bürger, der sich durch einen Akt der Staatsgewalt in seinem auf einem besonderen Titel beruhenden Privatrechte verletzt glaubt, kann der Weg zum Richter verschlossen werden."

Dieser Paragraph hat vielfache Diskussionen veranlaßt, und der eigentliche Sinn desselben ist noch jetzt nicht klar und überzeugend festgestellt. Die Worte: „in seinem auf einem besondern Titel ruhenden Privatrecht verletzt glaubt" führen wieder häufig, wenn man hieraus positiv argumentirt, auf eine petitio principii, und es ist auch hier nur der Weg des Kompetenzkonflikts, welcher im einzelnen Fall den Ausschlag geben kann.

Darüber, daß die Gerichte nicht gegen Akte der Gesetzgebung angerufen werden können, daß also z. B., wenn ein Gesetz eine bisher bestandene Steuerfreiheit aufhebt, die Ge-

Digitized by Google

richte nicht auf Fortbestehen dieser Freiheit oder auch nur Entschädigung, sey es durch die Staatskasse, oder durch die übrigen Steuerpflichtigen, welchen die gesetzliche Maßregel zu gut kommt, erkennen können, ist natürlich kein Streit. Aber auch da, wo es sich um Akte der Staatsbehörden bei Anwendung der Gesetze handelt, hat der fragliche Paragraph wesentlich beschränkende Auslegungen erfahren. Man hat nämlich den obigen Worten die Deutung gegeben, nicht die bloße Behauptung der Partei, daß eine Verfügung der Staatsgewalt ihr Privatrecht verletze, könne das Einschreiten des Gerichts rechtfertigen; wenn das Gericht prüfen und entscheiden dürfte, ob durch eine Verfügung der Staatsgewalt ein Privatrecht verletzt werde, so wären damit die Gerichte über die Staatsgewalt gestellt, was mit der staatlichen Ordnung unverträglich wäre. Eine Verfügung, welche eine Staatsbehörde auf den Grund des öffentlichen Rechts getroffen habe, könne daher an und für sich nicht der gerichtlichen Dijudication unterliegen, und es finde deßhalb ohne besondere Gründe nicht einmal eine Klage auf Entschädigung statt. Man kommt mit der Voraussetzung eines besonderen Privatrechtstitels neben dem öffentlichen Recht, welcher die bekannte ältere Thesis über jura quaesita zu entsprechen scheint, im concreten Fall häufig nicht weit. Wenn z. B. einem Grundbesitzer von der Baubehörde das Recht abgesprochen wird, sein Grundstück zu überbauen, weil das Bauwesen den bestehenden Polizeigesetzen zuwiderlaufe, und er behauptet, dadurch, daß er auf derselben Stelle schon früher ein Gebäude gehabt habe, ein Privatrecht erworben zu haben, so hält man ihm einfach entgegen, er habe kein solches dem Polizeigesetz zuwiderlaufendes Recht erwerben können, oder: er müsse sich dem neueren Polizeigesetz unterwerfen. Man hat daher dem Satz der Verfassungsurkunde auch die weitere Beschränkung gegeben, daß nur, wenn der von einem Akt der Staatsgewalt Betroffene ein besonderes Recht erworben habe, welches neben dem öffentlichen Recht als Privatrecht in der Art bestehe, daß das erstere dadurch modifizirt sey, solches im gerichtlichen Wege geltend ge-

Digitized by Google

macht werden könne. So z. B. wenn ein Markungsbesitzer, der vermöge öffentlichen Rechts die über seine Markung führende öffentliche Straße herzustellen angehalten wird, behauptet, daß ein benachbarter Markungsinhaber durch einen Privatrechtsakt gegen ihn die Verbindlichkeit übernommen habe, den Weg zu bauen und zu erhalten, muß der Erstere sich zwar der ihm auferlegten Herstellung des Wegs unterwerfen, kann aber sofort gegen den Nachbar darauf klagen, daß dieser ihm Ersatz leiste und künftig die ihm obliegende Verpflichtung ausrichte; ebenso ist ein gerichtliches Erkenntniß darüber, ob der durch den Akt der Staatsgewalt Betroffene nach den bestehenden Gesetzen Entschädigung anzusprechen hebe, nicht ausgeschlossen.

Vergl. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, Bd. IV, Nr. 251, S. 414 ff.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß die angeführten Paragraphen der Verfassungsurkunde am Ende überall auf den Weg des Kompetenzkonflikts zurückführen. Die Entscheidung er Kompetenzkonflikte geschieht in Württemberg nach §. 59 der Verfassungsurkunde durch das Staatsoberhaupt, nach vorgängiger gutächtlicher Vernehmung des Geheimen Raths. Man kann diese Form der Entscheidung wohl am natürlichsten unter den Gesichtspunkt der Auslegung oder Ergänzung des Gesetzes durch den obersten Faktor der Gesetzgebung — das Staatsoberhaupt — bringen. Als eine theilweise Entscheidung einer Parthiesache darf man den Akt des Staatsoberhaupts in keinem Fall ansehen; bloß ein Grundsatz, eine Norm für die Entscheidung des gegebenen Falls wird von ihm ausgesprochen.

Seit der Verfassungsurkunde war die Gesetzgebung Württembergs in Beziehung auf öffentliche Rechtsverhältnisse und Verwaltung sehr fruchtbar. Wir nennen hier nur die bedeutenderen und einflußreicheren, von denen einzelne bereits eine neue Umarbeitung erlebt haben, bei welcher Kategorie in der Regel bloß die neuesten noch geltenden Emanate werden angeführt werden.

Gesetz über die Landesvermessung und das Grundsteuerkataster vom 4. April 1828.

Digitized by Google

Gesetz, betreffend die Volksschulen, vom 29. September 1836.

Gesetze über die Verpflichtung zum Kriegsdienst vom 22. Mai 1843 und (bezüglich der Auswanderung vor erfüllter Militärpflicht) vom 30. März 1852, sodann

über Volksbewaffnung, Bürgerwehr ꝛc. vom 1. Juni 1853.

Gesetze über das Staatsdienst-Verhältniß und zwar: Allgemeine Dienstpragmatik vom 28. Juni 1821, — über das Dienstverhältniß der Universitätslehrer und Beamten vom 30. März 1828, — über das Dienstverhältniß der bei den mittleren und unteren Unterrichtsanstalten angestellten Lehrer — vom 29. September 1836 (Schulgesetz), ferner vom 6. Juli 1842, — 8. August 1855, — Correktiv-Gesetz zur Dienstpragmatik über Civil- und Militärpensionen vom 7. September 1849, nebst einem dieses letztere wieder modifizirenden Gesetz vom 24. Mai 1853.

Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Juden vom 25. April 1828.

Gesetz über das Schäfereiwesen vom 9. April 1828.

Gesetze über den Schutz des Waldeigenthums vom 7. Juli 1849 und 4. September 1855.

Gesetz über das Jagdwesen vom 27. Oktober 1855.

Polizeistrafgesetz vom 2. Oktober 1839 mit Correktivgesetzen hierzu vom 2. Mai 1852 und 11. Juni 1853 (welche Gesetze schon oben zu B berührt wurden).

Gesetz über Bestrafung einfacher Unzuchtsvergehen vom 22. Juli 1836.

In Sachen der Presse:

Allgemeines Preßgesetz vom 30. Januar 1817 und Verordnung vom 7. Januar 1856 zu Vollziehung des Bundesbeschlusses vom 6. Juli 1854.

Gesetz über die Verpflichtung zu Berichtigung unwahrer Zeitungsartikel vom 26. August 1849, — Nachdrucksgesetz vom 22. Juli 1836.

Gesetze über die allgemeine Brandversicherungs-

Digitized by Google

Anstalt für Gebäude vom 14. März 1853 und über Beschränkung der Mobiliar-Feuerversicherung vom 19. Mai 1852.

Gesetze über die Bestrafung der Gefährdung von Eisenbahnen und über Verwaltung der Eisenbahnpolizei vom 2. Oktober 1845.

Ueber Staatsbürgerrechts-Gemeindeverband und Verwaltung der Gemeinden und anderer Korporationen. — Gesetz über die Verwaltung der Gemeinden, Oberämter und Stiftungen vom 1. März 1822 (Verwaltungs-Edikt), — Gesetz vom 18. Juni 1849, betreffend die Ausdehnung des Amts- und Gemeindeverbands auf sämmtliche Theile des Staatsgebietes (Aufhebung der Selbstständigkeit aller vormals privilegirten Güter und ihrer Steuerbefreiungen), — Bürgerrechtsgesetz vom 4. Dezember 1833, — Gesetz über Verehelichungs- und Uebersiedlungsbefugnisse vom 5. Mai 1852, — Gesetz über die Verhältnisse zusammengesetzter Gemeinden vom 17. September 1853, — Gesetz über Einsetzung einer besonderen Staatsaufsicht über verwahrloste Gemeinden vom 24. Januar 1855.

Gewerbegesetze. — Allgemeine Gewerbe-Ordnung vom 5. August 1836 und Gesetz über das Recht zum Bierbrauen, Branntweinbrennen und Wirthschaftsgewerbe vom 3. November 1855.

Abgaben-Gesetze — Gesetz vom 15. Juli 1821 betreffend die Herstellung eines provisorischen Steuerkatasters (s. d. direkte Steuer) — Gesetz vom 9. Juli 1827, bezüglich der Abgabe von Wein — über Besteuerung von Kapital- und Berufseinkommen für den Staat vom 19. Sept. 1852, beßgl. für die Gemeinden vom 15. Juni 1853 — über Malzbesteuerung vom 8. April 1856 — über Branntweinbesteuerung vom 19. Sept. 1852 — über die Abgaben von Hunden vom 8. Sept. 1852 — Gesetz vom 18. Juli 1824 in Betreff der Acciseabgaben, modifizirt durch die Finanzgesetze vom 24. Dez. 1833, 22. Juli 1836, 1. Juli 1839, 11. März 1852 und das Gesetz über die Liegenschaftsaccise

Digitized by Google

vom 18. Sept. 1852 — allgemeines Sportelgesetz vom 23. Juni 1828 — Gesetz über die Notariatssporteln vom 4. Juli 1842 — Zollstrafgesetz vom 15. Mai 1838.

Dem bereits hervorgehobenen Mangel an allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über das Verfahren, worüber sich nur in den zu einigen neueren Gesetzen ertheilten Instruktionen spezielle Normen finden, wird durch den wenigstens in der neueren Praxis der oberen Administrativ-Justizbehörden entschieden aufgestellten, auch in einzelnen Beziehungen gesetzlich ausgesprochenen Grundsatz — abzuhelfen gesucht, die Straf-Prozeßordnung und beziehungsweise die Grundsätze des Civilprozesses in soweit als dieß mit der Natur des Gegenstandes und den organischen Einrichtungen verträglich ist, und mit dem zwar natürlichen und wohlbegründeten, aber doch häufig etwas zu weit getriebenen Temperament der Maximen des summarischen Prozesses anzuwenden.

Diese analoge Anwendung liegt besonders bei Strafsachen sehr nahe, und ist hier leicht durchzuführen; nicht in demselben Maaß gilt dieß bei den dem Civilrecht parallelen Sachen. Es finden hier besonders da manche Abnormitäten und Verwicklungen statt, wo sich nicht einzelne Betheiligte bei Streitigkeiten über öffentliche Rechtsverhältnisse gegenüberstehen, wie z. B., wenn zwei Privaten oder Korporationen über einen öffentlichen Weg, oder das Recht auf Benützung eines öffentlichen Wassers streiten, sondern wo der Betheiligte bei Verfolgung und Vertheidigung seines Rechts den Verfügungen der Staatsgewalt gegenübertritt, z. B. wenn ein Staatsbürger behauptet, nicht zur Leistung einer ihm aufgelegten Abgabe schuldig zu seyn. Hier ist es in der Regel ein Streit gegen dieselbe Behörde, welche die Abgabe selbst aufgelegt, oder doch die nächste Aufsicht hierüber zu führen hat, und das ganze Verfahren ein meist ziemlich einseitiges und lückenhaftes Beschwerdeverfahren, bei welchem wenigstens in den unteren Instanzen das Element der Verwaltungsrücksichten leicht einen den Rechtspunkt beirrenden Einfluß übt. Die

Digitized by Google

aller Orten laut gewordene Forderung, daß in solchen Fällen immer ein Vertreter der betreffenden Verwaltungsbehörde handeln und Verhandlung und Entscheidung solcher Sachen eigenen der Verwaltung selbst fremden Behörden übertragen seyn sollte, ist in Württemberg großentheils noch nicht zur Geltung gekommen.

Was sodann die Begrenzung der Kompetenz betrifft, so hat die Frage bei Straffachen schon nach der Natur derselben weniger Zweifel und ist da, wo sich solche ergeben könnten, in der Regel durch das Gesetz geordnet (in welcher Beziehung besonders ein Strafrekursgesetz vom 26. Juni 1821 zu nennen ist), für die dem Civilrecht parallelen Sachen fehlt es ganz an gesetzlichen Bestimmungen. Man beruft sich zwar häufig auf die Instruktion für die Kreisregierungen vom 21. Dez. 1819 und die Verordnung vom 28. Juni 1823 „in Betreff der Vereinfachung des Geschäftsgangs im Departement des Innern." Schon die Titel zeigen, daß diese Verordnungen gar nicht den Zweck haben konnten, Normen über die Kompetenz gegenüber von der Civiljustiz zu geben; zudem enthalten sie eigentlich blos eine Aufzählung der zum Ressort einzelner Behörden des Departements des Innern gehörigen Gegenstände, ohne nähere Bestimmungen, aus welchen positive Argumente über besondere Fragen gezogen werden könnten. Ohnedieß können bekanntlich im Verordnungsweg nicht gesetzliche Bestimmungen getroffen, sondern nur Grundsätze über die Anwendung und Handhabung bestehender Gesetze aufgestellt werden. Man hat also in Württemberg nur die allgemeinen und die auf dem oben angeführten verfassungsmäßigen Weg der Entscheidung der Kompetenzkonflikte gebildeten Grundsätze als Quellen zur Bestimmung der Grenzen der Civil- und Verwaltungsjustiz.

Ueber die organische Bestellung der Administrativjustiz in Württemberg mögen folgende Sätze ein Bild geben.

Das Departement des Innern ist dasjenige, welchem die meisten Fälle der Administrativjustiz in der der Civiljustiz analogen Kategorie zufallen. Demselben ist nämlich das ganze Gebiet des innern Staatsrechts, der Landespolizei und der

Digitized by Google

Staatswirthschaft, mit wenigen Ausnahmen, zugewiesen und es bieten insbesondere die staatsrechtlichen Verhältnisse der Staatsbürger und Korporationen, die Verwaltung der Gemeinden und Stiftungen (deren Beaufsichtigung diesem Departement zufällt), die Sicherheits- und Feuerpolizei, das Hoch-, Straßen-, Brücken-, Wasserbauwesen, die Gewerbesachen, die Angelegenheiten der Presse und die Kriegslasten, vielfache Fälle, wo die Rechte der Einzelnen, theils von Verfügungen der Staatsgewalt berührt werden, theils in Kollision mit den Rechten Anderer gerathen können.

Die erste Instanz — oft auch blos Instruktionsbehörde — bilden hier die Oberämter, den Oberamtsgerichten parallel; dann folgen die Kreisregierungen als Mittelinstanz, und dann das Ministerium des Innern, welchem ein Oberregierungskollegium zur Seite steht.

Das Departement der Finanzen, dessen Ressort die ganze Verwaltung des Staatsvermögens und Einkommens mit einigen verwandten Zweigen, so namentlich dem Post- und Eisenbahnwesen, umfaßt, und welches durch sehr verschiedene Behörden — in unterer Stufe hauptsächlich die Kameralämter und Forstämter (den Oberamtsgerichten und Oberämtern parallel), für einzelne Zweige unter Eingreifen der Oberämter, — in mittlerer die Oberfinanzkammer mit verschiedenen Sektionen für Domänen, Forste, Bauten, Verkehrsanstalten, Bergwesen, ferner das Steuerkollegium — in oberster das Finanzministerium verwaltet wird, liefert Fälle für die Administrativjustiz hauptsächlich in dem Abgabenwesen, theils bezüglich der Frage über die Abgabenpflicht an sich, theils bezüglich der wegen Umgehung der Abgabengesetze zu erkennenden Strafen.

Die Ausübung der in dem Departement des Kirchen- und Schulwesens vertretenen Rechte des Staats führt zwar natürlich vielfach zu einer näheren Berührung der Interessen der betreffenden Vereine und der einzelnen Staatsgenossen und es fehlt auch nicht an Kollisionen zwischen den Betheiligten selbst. Es fallen jedoch die hierauf bezüglichen Sachen zum Theil

Digitized by Google

anderem Ressort zu, wie z. B. für Streitigkeiten über die Bau- und Besoldungspflicht bezüglich der Kirchen und Schulen entweder die Gerichte oder, wo es sich um die Verpflichtung der Gemeinden als solcher handelt, die Behörden des Departements des Innern kompetent sind, wogegen Fälle, bei welchen es sich um Rechte und Pflichten handelt, welche sich auf das kirchliche oder Schulverhältniß unmittelbar beziehen, wie z. B. Fragen über die Existenz und Bewegung religiöser Gesellschaften, über Benützung der für Kirchen- und Schulzwecke bestehenden Anstalten und Fonds ꝛc. den Behörden des Departements des Kirchen- und Schulwesens zufallen.

Eine genauere Präzisirung ihres dießfälligen Ressorts muß hier umgangen werden; es wäre insbesondere schwer, einen Grundsatz aufzustellen, wonach die Grenze zwischen der diskretionären Gewalt, welche man dem Staat bezüglich des Unterrichtswesens einräumen muß, und den verfolgbaren Rechten der Staatsgenossen bestimmt werden könnte. So ist z. B. die Frage, ob die Kinder einer Gemeinde, welche keine eigene Schule hat, diese oder jene Nachbarschule zu besuchen haben, als Gegenstand der Verwaltungsjustiz anerkannt, während die Frage, ob in einer Schule dieses oder jenes Pensum betrieben werden solle, offenbar nicht auf diesem Wege verhandelt oder entschieden werden kann, und doch ist es gewiß, daß die Gemeinden und ihre Angehörigen ein hohes Interesse hiebei haben, und der Umstand, daß sie in der Regel die Kosten des Schulunterrichts zu tragen haben, auch Gründe darbieten würde, ihnen dießfalls Rechte einzuräumen.

Die erste Instanz, deren Ressort sich aber vielfach nur auf die Instruktion beschränkt, bilden in diesem Departement: die Dekane mit Zuzug der Oberamtmänner (vergl. Verordnung vom 23. August 1825); als Mittelstellen treten hauptsächlich das evangelische Konsistorium, der katholische Kirchenrath und der Studienrath ein. Hierauf folgt die Instanz des Kultministeriums selbst.

Die weiteren Departements — des Kriegs — der auswärtigen Angelegenheiten — und der Justiz liefern der Natur

Digitized by Google

der Sache nach nur wenige Fälle, welche dem Gebiete der Verwaltungsjustiz zufallen können. Es sind dieß hauptsächlich Sachen, welche aus dem Dienstwesen hervorgehen, besonders den Rechten und Pflichten der bezüglichen Staats- und der Gemeindediener, da in Württemberg der Grundsatz zur Herrschaft gelangt ist, daß diese Dienstverhältnisse ganz dem öffentlichen Recht angehören, und (mit Ausnahme der ein Richteramt bekleidenden Diener, welche nach der Verfassung bloß einem gerichtlichen Verfahren unterliegen) dem Ressort der Verwaltungsjustiz, somit in allen Departements der betreffenden Dienstbehörden zufallen.

Noch ist anzuführen, daß für einzelne Rechtsverhältnisse auch eigens konstituirte Verwaltungsjustizbehörden bestehen, oder in transitorischer Weise errichtet wurden; so für die staatsbürgerliche Wehrpflicht, worüber Bezirks-Rekrutirungsräthe in I., ein Oberrekrutirungsrath in II. Instanz erkennen; ferner für die Vereinigung der Feudalverhältnisse, wo eigene Ablösungskommissionen eingesetzt wurden, und zum Theil noch sind, deren Wirksamkeit sich nicht bloß auf die Leitung und den Vollzug der Ablösung bezieht, sondern welche auch — mit Ausnahme weniger, den Gerichten vorbehaltenen einzelnen Fragen — für alle hiebei sich ergebenden Streitfälle kompetent sind.

Als letzte Instanz in Verwaltungsrechtssachen steht der Geheimerath, an welchen die Rekurse in der Regel von der Instanz der Departementschefs, in gewissen Sachen aber auch von den Mittelbehörden gehen.

Der Geheimerath ist durch die Verfassung als ein wesentliches Organ der Staatsverwaltung eingesetzt. In seiner Zusammensetzung aus den sämmtlichen Departementschefs und einer Anzahl von Räthen (Geheimeräthen, Staatsräthen) ist er zur Berathung des Staatsoberhaupts in Gesetzessachen, ständischen Angelegenheiten und wichtigen allgemeinen Fragen der Staatsverwaltung, auch der im Dienstaufsichtsweg gestellten Anträge auf Entlassung oder Zurücksetzung von Staats-, Gemeinde- und sonstigen Korporationsdienern (analog auf

Digitized by Google

Kirchen- und Schuldiener erstreckt) wegen Unbrauchbarkeit oder Dienstverfehlungen, welche nicht dem gerichtlichen Einschreiten unterliegen, endlich zu der schon oben erwähnten Begutachtung der Kompetenzkonflikte berufen.

Außerdem bildet derselbe die oberste Verwaltungsjustizstelle für Rekurse gegen Straferkenntnisse der Administrativstellen und in den der Civiljustiz parallelen Verwaltungsrechtssachen, sowie für Fälle verfassungsmäßig gestatteter Zwangsexpropriation, in welch' letzterer Beziehung der §. 30 der Verfassungs-Urkunde folgendes enthält:

„Niemand kann gezwungen werden, sein Eigenthum und andere Rechte für allgemeine Staats- oder Korporationszwecke abzutreten, als nachdem der Geheime Rath über die Nothwendigkeit entschieden hat, und gegen vorgängige volle Entschädigung. Entsteht aber ein Streit über die Summe der Entschädigung, und der Eigenthümer will sich bei der Entscheidung der Verwaltungsbehörde nicht beruhigen, so ist die Sache im ordentlichen Rechtswege zu erledigen, einstweilen aber die von jener Stelle festgesetzte Summe ohne Verzug auszubezahlen."

Dieser organischen Bestellung der Verwaltungsjustiz in oberster Stufe sind von der Verfassungs-Urkunde noch einige Garantieen für besondere Vertretung des Rechtspunkts beigefügt. Bei dem von dem Geheimenrath zu begutachtenden Verfahren gegen Staats- und Gemeindediener, welches, obgleich die Entlassung oder Zurücksetzung von dem Staatsoberhaupt sanktionirt wird und deßhalb nicht als ein bloßer Verwaltungsjustiz-Akt angesehen werden kann, doch bezüglich des Einschreitens der Dienstbehörden die Natur eines solchen hat, ist auch die Beibringung eines Gutachtens des Obertribunals über den Antrag einzuholen.

Bei Straf-Rekursen müssen wenigstens sechs rechtsgelehrte Mitglieder im Geheimenrathe mitwirken, und diese Zahl nöthigenfalls durch Berufung von Mitgliedern des Obertribunals ergänzt werden.

Endlich sind bei den Civilrekursen zu dem in oben

Digitized by Google

bemerkter Weise zusammengesetzten Geheimenraths-Kollegium die beiden Vorstände des Obertribunals zuzuziehen.

Wir schließen diesen Ueberblick mit dem Bemerken, daß auch in Württemberg, wie wohl überall, den schwierigsten Punkt in diesem Gebiet die Feststellung der Grenzen zwischen Civilprozeßsachen und Verwaltungsrechtssachen und der hievon abhängigen Kompetenzfrage bildet. Näheres hierüber findet sich in dem schon oben angeführten Civil-Praktikum des Herausgebers Seite 53—78 ausgeführt und besonders wurde dort der Versuch gemacht, über den schwierigsten Theil der Frage — die Behandlung von solchen Fällen, wo öffentlichrechtliche und Privatrechtsgründe bei derselben Sache zusammentreffen, einige Anhaltspunkte zu gewinnen.

Von den literarischen Hilfsquellen für Verwaltungsrecht und Verwaltungsjustiz, deren es übrigens wenige gibt, welche den Gegenstand oder auch nur einzelne Zweige desselben in kompendiarischer Form behandeln, führen wir neben Berufung auf die schon oben citirten für Kriminal- und Civilrecht, welche natürlich in manchen einzelnen Theilen auch hieher von Bedeutung sind, folgende an:

Mohl, das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, 2. Aufl. 1840.

Dieses auch in weiteren Kreisen wohlbekannte Werk hat zwar wie schon aus dem Titel hervorgeht, eine weit umfangreichere Richtung, als das uns vorliegende Gebiet, ist aber hiefür von größter Bedeutung, da es alle Verhältnisse, welche den Gegenstand der Verwaltungsjustiz bilden, vollständig behandelt.

Roller, das Württembergische Polizeirecht, 3. Aufl. 1856,

eine Zusammenstellung aller das Württemb. Polizeirecht bildenden Gesetze, Verordnungen und Verfügungen in systematischem Zusammenhang mit Nachweisung der Quellen. Es kann dieses Werk als ein vollständiges Kompendium bezeichnet werden, und es findet sich insbesondere hier vielfach eine entsprechende allgemeine Entwicklung von Begriffen, Grundsätzen und Motiven.

Digitized by Google

Schumm, das Polizeistrafrecht für das Königreich Württemberg,

— auf alle Uebertretungen der Gesetze und Verordnungen (mit Ausnahme der den gerichtlichen Strafbehörden zufallenden und der Finanzvergehen) sich erstreckend.

Mayer, das Strafverfahren der Administrativ-, besonders der Polizei-Behörden in Württemberg,

eine sehr zu empfehlende Darstellung des von den Administrativbehörden in den bezüglichen Strafsachen einzuhaltenden Verfahrens.

Billich, das Württembergische Gewerberecht 1852.

Der erste allgemeine Theil dieses verdienstlichen Werkes enthält eine Zusammenstellung der allgemeinen Gewerbeordnung vom 5. August 1836 mit der Instruktion vom 20. Merz 1851 und den bezüglichen weiteren älteren und neueren Verordnungen, Verfügungen und Präjudizialentscheidungen. Der zweite besondere Theil begreift die auf die einzelnen Gewerbe sich beziehenden besonderen Bestimmungen, welche die älteren Zunftordnungen und späteren Gesetze, Verordnungen und Verfügungen enthalten. Das noch Geltende ist nach dem Wortlaut mitgetheilt.

Schmidlin, Handbuch der Württembergischen Forstgesetzgebung von 1822, mit 2 Nachtragsschriften von Mezger 1834 und Tscherning 1842,

auch auf andere verwandte Gegenstände, z. B. Fischerei, sich erstreckend.

Weisser, das Verwaltungsedikt für die Gemeinden, Oberämter und Stiftungen im Königreich Württemberg, mit den hierauf bezüglichen Gesetzen, Verordnungen und Normalien, 2. Aufl. 1844.

Es ist in diesem sehr zweckmäßig angelegten und sorgfältig durchgeführten Werke (von welchem nur bald eine nach den seit 1844 erfolgenden Emanaten ausgearbeitete neue Auflage zu wünschen ist) der Text des Verwaltungsedikts

Digitized by Google

vom 1. März 1822 zu Grunde gelegt und sind sofort die hierauf bezüglichen weiteren Bestimmungen in den Noten citirt, welche sofort in 354 Beilagen in wortgetreuem Abdruck folgen.

Es gibt neben vielen älteren auch noch einige neuere Bearbeitungen und Zusammenstellungen über einzelne hieher gehörige Gesetzesmaterien, deren Aufzählung jedoch zu weit führen würde.

Dagegen fügen wir noch einige Citate von allgemeinen Ausführungen über die Begrenzung der Civil- und Verwaltungsjustiz bei, welche, obgleich Württemberg nicht ausschließlich angehend, doch auch hier von großer Bedeutung sind, und welche wir hier um deßwillen besonders zusammenstellen wollten, weil es künftig häufig vorkommen wird, daß hierauf Bezug genommen werden muß.

Archiv für civil. Praxis I. 17, III. 374, IV. 305, XII. 393 und XIII. 95, XV. 300, XVII. 306, XX. 128, XXI. 254, XXII. 47, XXIII. 125 und 263, XXX. 425, vergl. XII. 274 und 432 und XVIII. 37.

Pfizer, über die Grenzen zwischen Verwaltungs- und Civiljustiz. Stuttgart. J. G. Cotta'sche Verlagshandlung 1828.

Ferner eine Controversschrift desselben Verfassers:

Prüfung der Einwendungen ꝛc. Stuttgart 1833,

gegen

Pfeiffer, praktische Ausführungen ꝛc. Bd. 3. S. 181 ff.

D. Freiwillige Gerichtsbarkeit.

Es kann auffallen, wenn eine juristische Zeitschrift eine eigene Rubrik für die freiwillige Gerichtsbarkeit aufstellt, während dieses Fach in Beziehung auf rechtliche Erörterungen keine selbstständige Stellung einzunehmen bestimmt ist. Die Verhältnisse in Württemberg haben jedoch demselbeen und besonders den hiefür bestehenden organischen Einrichtungen seit

Digitized by Google

alter Zeit eine besondere Bedeutung und einen gewissen Einfluß auf die Entwicklung des Rechts und selbst der Verwaltung verliehen. Ein mit dem Gerichtswesen sehr vertrauter Württembergischer Universitätslehrer stellte vor 40 Jahren die Behauptung auf, ein Drittheil der Prozesse in Württemberg habe seinen Boden im Theilungs-, Vormundschafts-, Pfand- und Gantwesen und der Verwaltung des Gemeinde- und Stiftungsvermögens, welche Fächer damals theils der selbstständigen Behandlung der für die freiwillige Gerichtsbarkeit bestellten Behörden und Beamten überlassen waren, theils wenigstens effektiv unter ihrem entscheidenden Einflusse standen. Diese Verhältnißzahl trifft jetzt nicht mehr zu und jedenfalls hat die inzwischen eingetretene Verbesserung der einschlagenden organischen Einrichtungen den früheren Mißstand — nachläßige und fehlerhafte Behandlung solcher Geschäfte — großentheils beseitigt. Allein immer noch ist wahr, daß die freiwillige Gerichtsbarkeit ein Hauptelement unserer Rechtshändel in sich schließt. Der tiefere Grund hievon liegt hauptsächlich in der Errungenschaftsgesellschaft, welche, obgleich in den neuen Landestheilen die dort früher großentheils eingeführte allgemeine Gütergemeinschaft noch durch den offen gelassenen Vertragsweg herrschend geblieben ist, doch überall häufig genug vorkommt. Dieses an sich verwickelte und überdieß von den Württembergischen Gesetzen eben nicht zum Besten ausgebildete Institut bringt auch große Verwicklung in das Theilungs-, Pfand- und Gantwesen und übt selbst im Vormundschaftswesen einen mittelbaren Einfluß. Daß aber schon die primitive Behandlung der dahin gehörigen Angelegenheiten für die Physiognomie der hieraus erwachsenden Rechtshändel von Bedeutung werden muß, ist von selbst klar.

Hiezu kommt noch, daß nach den organischen Einrichtungen, welche in Württemberg für das Fach der freiwilligen Gerichtsbarkeit bestehen, die hiefür bestellten Beamten auch jetzt noch in dem ersten Stadium solcher Rechtshändel häufig thätig werden.

Da hienach die Behandlung der freiwilligen Gerichts-

Digitized by Google

barkeit von wesentlichem Einfluß auf die Entwicklung des Rechts und der Rechtssachen wird, und da in Folge aller dieser Umstände bei den betreffenden Funktionären viel Sinn und Interesse für eine rechtliche Auffassung und Behandlung der bei ihnen vorkommenden Geschäfte herrscht, so wird auch die Zutheilung einer eigenen Rubrik für dieses Fach in unserer Zeitschrift gerechtfertigt erscheinen.

Was nun die gesetzlichen Bestimmungen im Fache der freiwilligen Gerichtsbarkeit betrifft, so sind solche, bezüglich der früheren Zeit, in den oben zu A. angeführten Gesetzesquellen zu finden, wo sie theils bloße Corollare der betreffenden Rechtsbestimmungen selbst, theils eigene Abschnitte bilden, wozu noch eine Verordnung vom 19. Juni 1808 über Behandlung der Geschäfte der willkürlichen Gerichtsbarkeit und eine Notariatsordnung vom 25. Oktober 1808 kommt. Sodann hat ein Gesetz über das Notariatswesen vom 14. Juni 1843 nebst einer Vollziehungsverordnung von dem gleichen Tage hauptsächlich die organischen Einrichtungen und das Verfahren in diesem Zweige der Rechtspflege geordnet. Neben diesem sind noch einige neuere Gesetze und Verordnungen über besondere einschlagende Materien, namentlich Sporteln, Gebühren und Führung der Güterbücher anzuführen.

In die Entwicklung des Instituts der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Württemberg in materieller Beziehung kann hier kein näherer Einblick verschafft werden; nur im Allgemeinen mag über den hiebei herrschenden Geist bemerkt werden, daß das Prinzip der rechtspolizeilichen Fürsorge sehr weitgreifend durchgeführt ist. Es sind viele Gegenstände in das Gebiet derselben hereingezogen, viele Bestimmungen über Inhalt und Form der betreffenden Akte gegeben und Maßregeln eines ausgedehnten Aufsichtssystemes getroffen. Was die Vollständigkeit, Präzision und Konsequenz der bestehenden Normen betrifft, so verhält es sich hiemit ungefähr ebenso, wie oben bezüglich des Civilrechts und Prozesses angedeutet wurde.

Die freiwillige Gerichtsbarkeit ist in Württemberg zwar

Digitized by Google

dem Grundsatze nach in die Hände der Gemeindebehörden (Gemeinderäthe, auch Deputationen derselben, Waisengerichte) gelegt; denselben sind jedoch für die meisten Zweige des Fachs Hilfsbeamte an die Seite gegeben, welche je nach den Umständen und den betreffenden Sachen bald mehr, bald weniger einzugreifen haben, wobei eine näher bestimmte Verantwortlichkeit sowohl der Gemeindebehörden, als der Hilfsbeamten besteht.

So sind zur Berathung und Unterstützung der Gemeindebehörden in Behandlung derjenigen Geschäfte im Inventur-, Theilungs- und Vormundschaftswesen, welche besondere Gesetzes- oder Geschäftskenntniß erfordern, für jeden Oberamtsbezirk ein Gerichtsnotar und zwei bis drei Amtsnotare vom Staat aufgestellt. Diese haben zugleich das Recht zu Funktionen der Notare in gemeinrechtlicher Bedeutung — Beglaubigungsakte, Errichtung von Verträgen, Testamenten, Erhebung von Wechselprotesten und dergleichen und bilden die Aktuare des Oberamtsgerichts im Gantwesen.

Die Führung des Unterpfandswesens ist wieder den Gemeinderäthen übertragen; wo sich aber in deren Mitte kein für die Handhabung des Geschäfts taugliches Mitglied findet, wählen sie einen Hilfsbeamten aus der Zahl der Notare- oder anderer Geschäftsmänner unter Genehmigung der Aufsichtsbehörden.

Die nächste Aufsichtsbehörde für dieses Fach der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist das Oberamtsgericht; dann kommen die Pupillensenate der Kreisgerichtshöfe und für besondere Fälle findet auch ein Eingreifen des Pupillensenats des Obertribunals statt.

Zum Zwecke einer näheren Orientirung über den vorliegenden Gegenstand ist zunächst auf die oben zu A. angeführten Werke, besonders das auch hier einen sehr klaren und vollständigen Einblick gewährende Wächter'sche Handbuch, Band I., zu verweisen, außerdem aber anzuführen:

Zeitter, Handbuch der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Württemberg, in 2 Bänden, 2. Auflage 1844,

Digitized by Google

ein längst auch in weiteren Kreisen anerkanntes vollständiges Kompendium;

Kappler, Notariatsgesetz vom 14. Juni 1843. 2. Auflage 1855,

ein sehr verdienstlicher Kommentar zu diesem Gesetz, zugleich einen wörtlichen Abdruck, beziehungsweise Auszüge der älteren und neueren Gesetze, Verordnungen und Instruktionen enthaltend.

I.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

1) Ueber das Wesen und die Bedeutung der Ordinationen.

(Von dem Herrn Obertribunal-Präsidenten v. Harpprecht.)

Es gab eine Periode in der württembergischen Justizverwaltung, in welcher die Prozeßlisten der höheren Gerichte eine Menge von Appellationssachen als „durch Ordination erledigt" bezeichneten, und noch jetzt gehört es nicht zu den Seltenheiten, daß Appellationsprozesse auf diese Art abgethan werden. Man sollte demnach glauben, bei den württembergischen Gerichtshöfen bestehen feste Grundsätze über die Voraussetzungen und die prozessualische Natur und Wirkung solcher richterlicher Verfügungen. Und dennoch, wenn man irgend einen Richter fragt, was denn unter einer Ordination verstanden werde, wird er mit seiner Antwort in Verlegenheit seyn. Auch die diesem Gegenstand gewidmete Abhandlung Volley's in seinen vermischten juristischen Aufsätzen Nr. XXVIII., Seite 431 ꝛc., hat keine Klarheit hierüber verbreitet. Es ist dieß eine Folge des begriffslosen verschwommenen Wesens, welches die Ordinationen der württembergischen Obergerichte angenommen haben, und wodurch das Charakteristische der Ordinationen, wie sie

Digitized by Google

in andern deutschen Staaten und bei den vormaligen höchsten Reichsgerichten in Uebung waren, und beziehungsweise noch sind, völlig verwischt worden ist. Daher dürfte der Versuch, diese Materie einer nochmaligen Erörterung zu unterwerfen, und durch eine nähere Beleuchtung des württembergischen Gerichtsgebrauchs die Ordinationen auf ihre eigentliche Bedeutung zurückzuführen, eben dadurch aber der Mißanwendung, welche oft von denselben zum großen Nachtheil der Schleunigkeit des Prozeßganges gemacht wird, zu begegnen, keiner weitern Rechtfertigung bedürfen.

Gestützt auf eine Stelle des kanonischen Rechts, cap. 38. X. de appellat. (II. 28.), welche zu Abschneidung eines zwecklosen Verfahrens dem höheren Richter gebietet, eine Berufung nur dann zuzulassen, wenn er sich von der Erheblichkeit der Beschwerden überzeugt hat, demnach unbegründete Appellationen sofort zurückzuweisen, haben schon um die Mitte des 17. Jahrhunderts einzelne deutsche Landesgerichte den analogen, im Lauf der Zeit zur gemeinrechtlichen Praxis gewordenen Grundsatz angenommen, daß wenn eine Beschwerde als so offenbar begründet sich darstelle, daß eine Rechtfertigung des angefochtenen Erkenntnisses von Seite des Appellaten nicht denkbar sey*), dasselbe ohne vorheriges Gehör des letztern abgeändert werden könne. Vergl. Mevius dec. I. dec. 66. VIII. dec. 221. Pufendorf obs. III. 215. §. 97. Solche meist in Dekrets- oder Reskriptsform ergangene abändernde Entscheidungen, auf einseitigen Vortrag des Appellanten (sogenannte territorialgerichtliche oder Ordinationen des gemeinen deutschen Prozesses), bezweckten mithin eine Beschleunigung der Entscheidung mittelst Abschneidung eines unnöthigen Verfahrens und die Verminderung des Kostenaufwandes; sie hatten die Wirkung eigentlicher Urtheile und konnten mit denselben Rechtsmitteln, wie diese, angefochten werden. Später wurde dieser Gerichtsgebrauch auch durch die Landesgesetzgebung einzelner

*) Unter welchen Voraussetzungen dieß mit zureichender Gewißheit angenommen werden könne, hat v. Almendingen, Metaphysik des Civilprozesses S. 202 ꝛc., mit Klarheit ausgeführt.

Digitized by Google

deutscher Staaten sanktionirt, vergl. für Kurhessen: Prozeßordnung vom 5. September 1745, §. 5, und Gesetz vom 11. August 1832, §. 2; für das Großherzogthum Hessen: Verordnung vom 17. März 1797, §. 15, prov. Ober-Appellationsgerichtsordnung vom 5. August 1804, §. 38, Verordnung vom 8. März 1815, §. 8; für Oldenburg: Prozeßreglement von 1824, §. 29; für Bayern: Codex jur. bavar. judic. von 1753, Kap. XV. §. 7; für die Herzogthümer Anhalt: Erläuterungen zur Anhalt'schen Prozeßordnung Tit. 16, §. 8.

Gegen das Ende des 17. Jahrhunderts kamen auch bei den vormaligen deutschen Reichsgerichten die Ordinationen in Uebung, jedoch unterschieden sich diese wesentlich von den Ordinationen der Landesgerichte. Der reichsgerichtliche Prozeß zerfiel in ein außergerichtliches Verfahren vor den Extrajudicial-Senaten und in das eigentlich gerichtliche Verfahren vor den Judicial-Senaten. Das erstere ging der Erkennung des Appellationsprozesses voran und hatte die Vorfrage zum Gegenstande: ob der Appellant mit seinen Beschwerden gegen das angefochtene Urtheil zu hören sey; es schloß sich mit einem den Appellationsprozeß abschlagenden oder gestattenden Dekrete. Erachtete der Extrajudicial-Senat die Berufung nicht für sofort verwerflich, so wurden von ihm processus appellationis pleni oder minus pleni erkannt, worauf die Sache zur gerichtlichen Verhandlung zwischen beiden Parteien an den Judicialsenat überging. Fand aber der Extrajudicialsenat die Berufung des Appellanten schon durch die außergerichtlich überreichte Beschwerdeschrift und die ihr beigefügten Aktenstücke gerechtfertigt, so pflegte er, um nutzlose Verhandlungen abzuschneiden, statt der an sich zu beschließenden Erkennung der Appellationsprozesse, dem Unterrichter anheim zu geben, ob er nicht der durch seine Entscheidung dem Appellanten zugefügten Beschwerde selbst abhelfen wolle und schlug für diesen Fall die Appellationsprozesse ab. Für den Fall eines beharrenden Beschlusses des Unterrichters aber wurden (also eventuell oder bedingt) Appellationsprozesse erkannt und ging, wenn die Voraussetzung eintrat, sofort die Sache zur gerichtlichen Verhand-

Digitized by Google

lung an den Judicialsenat über. Die für diese Ordinationen übliche Formel war: „werden zwar die gebetenen Prozesse hiermit (oder auch „zur Zeit noch") abgeschlagen"; sed suspensa eorum expeditione, rescribatur eidem judici a quo, das zugefügte gravamen von nun an dahin zu heben, daß ꝛc. Diese Rescripte, da sie von einer außergerichtlichen Behörde und im außergerichtlichen Wege erlassen wurden, enthielten daher keine richterliche Entscheidung, waren ebendeßhalb der Rechtskraft nicht fähig, ja nicht einmal den Unterrichter bindende Vorschriften, sondern nur ein Wink (avis) für ihn, auf welche Weise er selbst der erhobenen Beschwerde abhelfen und dadurch die Einleitung der Appellationsprozesse überflüssig machen könne. Diese Mißgeburt der reichsgerichtlichen Praxis ist mit der Auflösung der Reichsgerichte untergegangen.

In Württemberg waren während des Bestehens des herzoglichen Hofgerichts die partikularrechtlichen Ordinationen nicht im Gebrauche und mit dem damaligen mündlichen Gerichtsverfahren (Hofgerichtsordnung Theil III. Tit. 5 und Tit. 24, §. 1) auch nicht vereinbar. Selbst die nach der Gerichtsorganisation von 1806 erlassenen Instruktionen für das Oberjustizkollegium und das Oberappellationstribunal vom 4. und 8. Mai 1806, wodurch für die Verhandlung der Hauptsache schriftliches Verfahren eingeführt wurde, enthalten keine Bestimmung, aus welcher die Zulässigkeit von Ordinationen gefolgert werden könnte. Gleichwohl kamen auch bei dem Oberjustizkollegium Ordinationen häufig zur Anwendung, meistens in solchen Appellationssachen, in welchen von dem Unterrichter über einen nicht zur civilgerichtlichen Verhandlung und Entscheidung geeigneten Streit materiell erkannt worden war, wo sofort dieses Erkenntniß durch Reskript von Amtswegen aufgehoben wurde, wie z. B. in der am 7. Juni 1811 erledigten Appellationssache Sch. gegen Fr., welche als einen Polizeigegenstand betreffend weggewiesen wurde. Ferner in Sachen, in welchen ein Oberamtsgericht über eine Privatrechtssache von einem seine Zuständigkeit übersteigenden Werthe erkannt hatte, Erkenntnisse vom 26. August 1813 und 12. De-

Digitized by Google

zember 1814. Desgleichen wenn das dem angefochtenen Erkenntniß vorangegangene Verfahren als gegen wesentliche Prozeßvorschriften verstoßend für nichtig erkannt wurde, vergl. Erkenntnisse vom 17. Mai 1811 und 16. Januar 1813.

Meines Wissens zum ersten Male wurde die Bezeichnung „Ordination" gewählt in der am 5. Juni 1811 erledigten Appellationssache Gr. gegen Gsch. Hier war von dem Kläger die Berufung gegen ein dorfgerichtliches Urtheil an das Stadtgericht Göppingen ergriffen und zugleich um Zulassung zur Nullitäten-Deduction wegen Verstoßes gegen klares Gesetz gebeten worden. Das Stadtgericht schlug die Berufung wegen mangelnder Förmlichkeiten ab und ging über das andere Gesuch stillschweigend hinweg. Das Oberjustizkollegium erachtete zwar die Abschlagung der Berufung für gerechtfertigt, die angezeigte Nichtigkeit aber für begründet und deßhalb für das Kürzere, statt die Berufung zu verwerfen und dem Kläger die Anstellung einer förmlichen Nichtigkeitsklage vorzubehalten, jetzt schon mittelst Ordination dem Unterrichter die Nichtbeachtung der Nullitäten-Deduction zu verweisen und ihm aufzugeben, den Kläger mit derselben zuzulassen, und hiernächst über den Nullitätenpunkt rechtlicher Ordnung nach zu verhandeln und zu entscheiden. In der Relation ist hiebei Bezug genommen auf Martin Civilprozeßlehrbuch §. 278, wie es scheint unpassender Weise. Denn Martin spricht hier von abändernden Verfügungen des Obergerichts sofort auf die Rechtfertigungsschrift (Ordinationen im Sinn der Territorialgesetze), während in dem vorliegenden Falle eine unterrichterliche Entscheidung noch gar nicht vorlag, sondern das Untergericht zu deren nachträglicher Fällung erst angewiesen wurde.

Doch kamen auch Fälle vor, in welchen sofort auf den Gravatoriallibell, nach Justifikation der Formalien, ohne vorgängige Verhandlung über die Hauptsache, unterrichterliche Erkenntnisse mittelst Ordination aufgehoben (oder vielmehr abgeändert) wurden; so am 5. Juni 1813 in Sachen Sch. gegen Sch., in welcher ein den Beweisantritt des Klägers für versäumt erklärendes Erkenntniß auf die von ihm eingewandte

Digitized by Google

Appellation von Amtswegen aufgehoben wurde, weil die nicht von der Eröffnung, sondern erst von dem Zeitpunkte der Rechtskraft des Beweis-Interlocuts zu berechnende Beweisfrist nicht versäumt sey und bei diesem so klar vorliegenden Verhältnisse alle fernere Verhandlung hierüber zwischen den Parteien völlig unnütz seyn würde. Ferner am 1. März 1815 in Sachen W. gegen M. Hier war W. in der Gantsache des K. M. durch Erkenntniß des Stadtgerichts A. mit der von ihm angemeldeten Forderung wegen Versäumung des Liquidationstermins von der Masse abgewiesen, wogegen er um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand mit eventuell angehängter Appellation gebeten hat. Da das Gantgericht dem ersteren Gesuche nicht entsprach, so wurden die Akten dem Oberjustizkollegium vorgelegt, um über das von dem Appellanten gestellte Gesuch um Abänderung des vorigen Erkenntnisses und um Zulassung zur Liquidation seiner Forderung an die atische Masse zu entscheiden. Der Referent führte aus, daß der Appellant durch den Ausschluß mit seiner Forderung offenbar beschwert sey, und trug daher darauf an, ohne weitere Verhandlung, blos auf den Gravatoriallibell hin, das angefochtene Urtheil zu reformiren. Das Kollegium, obgleich in der Hauptsache einverstanden, beschloß jedoch, da der Appellat nicht gehört worden, die Sache nicht durch ein reformatorisches Urtheil, sondern durch Ordination zu erledigen und den Kostenpunkt mit Stillschweigen zu übergehen. Diese Form der Entscheidung war somit eine eigentliche Ordination im Sinn des gemeinen Prozeßrechtes.

Auch bei Appellationen gegen Beweis-Interlocute und andere Zwischenurtheile bediente man sich der Ordinationsform. So wurde unterm 12. Juli 1813 auf die gegen eine Beweisauflage ergriffene Berufung in Erwägung, daß der Beweissatz unerheblich sey, der Streit blos den Prozeßgang betreffe und durch keine prozessualische Verhandlung weiter aufzuklären sey, die Sache ohne Verhandlung mittelst Ordination von Amtswegen erledigt, und mit Beseitigung des Zwischenverfahrens das Untergericht angewiesen, in der Hauptsache das Geeignete zu beschließen. Ferner wurde durch Ordination vom 21. Juli

Digitized by Google

1815 das Verfahren, welches ein Oberamtsgericht mit einstweiliger Sistirung der Hauptsache, über die Statthaftigkeit einer Streitverkündigung eingeleitet hatte, als gesetzwidrig aufgehoben, mit der Weisung, in der Hauptsache fortzuverhandeln.

In einer die bezirksgerichtliche Kompetenz übersteigenden Forderungssache hatte das Oberamtsgericht U. ein Exekutivverfahren eingeleitet. Dieses wurde durch Ordination vom 4. Juni 1817 als nichtig aufgehoben, weil in Württemberg der Exekutivprozeß nicht gelte, zu Einleitung des außergerichtlichen Kontumazialverfahrens in liquiden Schuldsachen das Oberamtsgericht nicht zuständig gewesen sey und sein Verfahren sich auch wegen mangelnder Voraussetzungen der K. Verordnung vom 16. März 1808 und Nichteinhaltung des dort vorgeschriebenen Verfahrens nicht aufrecht erhalten lasse.

Als gegen eine Gantverweisung appellirt wurde, erfolgte deren Aufhebung mittelst Ordination vom 20. Mai 1813, weil sie nicht dem rechtskräftigen Ganturtheil gemäß abgefaßt war.

Diese Fälle mögen zum Belege genügen, daß das Oberjustizkollegium bei seinen Ordinationen die gemeinrechtlichen Grundsätze als Norm befolgt habe. Aus der Praxis des vormaligen Oberappellationstribunals ist mir kein Fall bekannt, welcher durch Ordination erledigt wäre.

Die an die Stelle des Oberjustizkollegium zunächst getretenen Appellationsgerichtshöfe haben gleichfalls Ordinationen erlassen, wie aus den Verzeichnissen ihrer Rechtserkenntnisse zu entnehmen ist; vergl. die Entscheidungen des Appellationshofes zu Tübingen vom 17. und 31. März 1818, desjenigen in Ulm vom 13. Februar und 14. März 1818. Doch kann ich in Ermanglung der Akten die näheren Umstände nicht mittheilen.

Die für die (1817 und 1818) neu organisirten höheren Gerichte (das Obertribunal und die vier Kreisgerichtshöfe) verkündigte provisorische Verordnung vom 22. September 1819 schien für Ordinationen keinen Raum zu lassen, indem gemäß dem §. 5, Nr. 3 und §. 15, in allen Fällen, in welchen die Berufung nicht wegen Mangels in den Förmlichkeiten, oder als

Digitized by Google

materiell unbegründet sofort auf die Beschwerdeschrift hin zu verwerfen ist, die Berufung zugelassen und weitere Verhandlung mittelst Einforderung der Vernehmlassung auf die Beschwerdeschrift eingeleitet werden soll. Dennoch wurden fortan und werden noch jetzt von den Gerichten ordinatorische Entscheidungen sofort auf die Beschwerdeschrift, ohne solche dem Appellaten zur Vernehmlassung mitzutheilen, erlassen. Doch ist seit dieser Periode gerade in denjenigen Fällen, in welchen die Entscheidung alle Merkmale einer Ordination im Sinn des gemeinen deutschen Prozesses an sich trug, diese Benennung vermieden worden; am häufigsten sind unter dem Namen „Ordination" solche oberrichterliche Verfügungen erlassen worden, durch welche ein angefochtenes Erkenntniß aus prozessualischen Gründen, welche von dem Appellanten selbst nicht geltend gemacht waren, von Richteramtswegen aufgehoben und die Sache zu neuer oder zu weiterer Verhandlung an den Unterrichter zurückgewiesen, oder wodurch, sey es mit oder ohne Aufhebung des vorrichterlichen Erkenntnisses, dem Unterrichter von Amtswegen, ohne Antrag der Partie, aufgegeben wurde, dasselbe durch Entscheidung eines von ihm übersehenen oder vorläufig ausgesetzten Streitpunkts zu vervollständigen; und zwar wurde eine solche Verfügung auch dann Ordination genannt, wenn sie nach bereits erkannten Appellationsprozessen und eingelangter Vernehmlassung des Appellaten getroffen wurde. Selbst in Beschwerdesachen gegen solche richterliche Verfügungen, welche ihrer Natur nach die Rechtskraft zu beschreiten nicht geeignet sind, gegen welche also ein förmliches Rechtsmittel nicht Statt findet, wie z. B. wenn der Unterrichter von Amtswegen seine Unzuständigkeit ausgesprochen, oder wenn er die Einrede der Unzuständigkeit verworfen hat, wurde die abändernde oder aufhebende oberrichterliche Entscheidung mit dem Namen einer Ordination belegt.

In der neueren Gesetzgebung haben die Ordinationen an zwei Stellen eine positive Anerkennung gefunden, aber in einem von dem gemeinen Prozeßrechte abweichenden Sinne, zuerst im vierten Organisationsedikt vom 31. Dezember 1818,

Digitized by Google

§. 15, Nr. 2 lit. c. Hier wird Ordination diejenige (materiell) abändernde Entscheidung eines Bezirksgerichts genannt, welche es auf den gegen ein gemeinderäthliches Erkenntniß in einer geringfügigen Sache ergriffenen Rekurs in dem Falle erläßt, wenn gegen die klare Lage der Sache oder gegen klare Rechte gesprochen wurde; aber dieser Ordination muß die Vernehmung der Gegenpartei vorangehen, wodurch gerade das Eigenthümliche der gemeinrechtlichen Ordinationen verwischt ist. Auch beschränken sich diese Ordinationen auf den Wirkungskreis der Bezirksgerichte in geringfügigen Sachen.

Die andere Gesetzstelle, welche der Ordinationen Erwähnung thut, ist der Art. 12 des Sportelgesetzes vom 23. Juni 1828, welcher bestimmt, daß wenn die Verhandlung in der vorigen Instanz in Folge eines kassatorischen Erkenntnisses oder einer Ordination wieder aufgenommen worden, an der Sportel für das in Folge dieser Verfügung ausgesprochene neue Erkenntniß die früher in derselben Instanz bezahlte Sportel abzuziehen sey. Was der Gesetzgeber hier unter einer Ordination sich gedacht habe, ist nicht klar; doch können hier nicht materielle, ohne Gehör des Gegners abändernde Erkenntnisse, sondern nur solche Entscheidungen oder Verfügungen gemeint seyn, wodurch, sey es in Folge der Abänderung eines formellen Erkenntnisses oder wegen ordnungswidrigen Verfahrens bei der Verhandlung der Sache oder bei der Fällung oder Eröffnung des Erkenntnisses, die Sache an den vorigen Richter zu weiterer Verhandlung oder zu neuer Entscheidung zurückgewiesen wird, und der Gegensatz gegen kassatorische Erkenntnisse scheint mehr in der Form des oberrichterlichen Beschlusses, als in dem Wesen der Sache zu liegen. Dieß dürfte auch aus dem §. 15 des älteren Sportelgesetzes vom 26. Juni 1821 sich ergeben, welcher von Ordinationen nichts erwähnt, sondern zwischen förmlichen und nicht förmlichen Erkenntnissen im Nullitätenprozeß und zwischen der Aufhebung eines Erkenntnisses von Amtswegen unterscheidet.

Eine vollständige Aufzählung aller von dem Obertribu-

Digitized by Google

nal erlassenen Ordinationen liegt nicht in meiner Absicht und würde bei der Massenhaftigkeit des Stoffes mit einem die Mühe nicht lohnenden Zeitaufwand verbunden seyn; ich beschränke mich daher auf eine Auswahl von Fällen, die nach gewissen Kategorieen geordnet sind.

A. Ordinationen in Folge von Beschwerden gegen solche richterliche Verfügungen oder Aussprüche, welche der Rechtskraft nicht fähig, mithin nicht Gegenstand eines förmlichen Rechtsmittels sind.

I. Beschwerden gegen den Ausspruch der Unzuständigkeit

1) im Falle der Verweisung an den rechten Richter:

In der Sache v. W. gegen v. M. wies der Gerichtshof in E. die Klage auf Aufhebung eines Vergleichs, als nicht vor ihn gehörig, zurück. Das Obertribunal erklärte aber den Gerichtshof für zuständig, hob durch Ordination vom 14. Mai 1824 das angefochtene Erkenntniß auf und wies die Sache zu weiterer Verhandlung an den Gerichtshof zurück.

In gleicher Weise ordinirte das Obertribunal am 13. Nov. 1846 in der in Seuffert's Archiv IV. Nr. 146 angeführten Sache, und unterm 20. April 1839, Seuffert's Archiv V. Nr. 62.

2) im Fall der Zurückweisung der Sache als nicht vor die ordentlichen Civilgerichte gehörig:

In der durch ihre späteren Schicksale bekannt gewordenen Rechtssache der Einwohner der Herrschaft Tr. gegen die fürstliche Standesherrschaft W.-Z.-Tr. (vergl. Monatschrift III. Seite 369 ꝛc.) wurde die von dem Gerichtshof in U. erkannte Zurückweisung der Klage wegen Unzuständigkeit der Civilgerichte, durch Ordination des Obertribunals vom 19. Dezember 1837 aufgehoben und der Gerichtshof zur materiellen Entscheidung angewiesen.

Eine gleiche Ordination erließ das Obertribunal, jedoch nach Vernehmung der Gegenpartei, am 11. Februar 1840 in Sachen der Gemeinde M. gegen die Oberamtskörperschaft B.

Ferner am 20. Januar 1841 in Sachen v. B. gegen Sch.

Digitized by Google

II. Beschwerden gegen prozeßleitende Verfügungen.

Während bei dem Oberamtsgericht M. ein Rechtsstreit zwischen R. und W. wegen Erfüllung eines Kaufvertrags anhängig war, klagte K., der Bürge des Käufers R. bei dem Oberamtsgericht U. gegen R. auf Nichtigerklärung der für diesen übernommenen Bürgschaft. Das Oberamtsgericht wies diese Klage, für welche der zuerst erwähnte Rechtsstreit präjudiziell sey, durch ein Dekret in Gemäßheit des §. 86 des 4. Edikts als zu früh angebracht zurück und der Gerichtshof bestätigte diese Verfügung. Auf Beschwerde des Kl. ordinirte aber das Obertribunal am 28. März 1840: wenn gleich die Bürgschaft in Beziehung auf den Kaufvertrag eingegangen sey, so erscheine doch der die Erfüllung des Kaufs betreffende Rechtsstreit für die Klage des Bürgen auf Nichtigerklärung seiner Verbindlichkeit nicht in der Art präjudiziell, daß nicht vor dessen Erledigung eine Entscheidung über die andere Klage ausgesprochen werden könnte; daher der sofortigen Anbringung der letzteren jenes prozessualische Hinderniß nicht im Wege stehe; es werde demzufolge unter Aufhebung der angefochtenen Verfügung das Oberamtsgericht angewiesen, auf die Klage das weiter Geeignete zu beschließen, wobei man dem Urtheil desselben über die Statthaftigkeit der Klage nicht vorgegriffen haben wolle.

In einer Prozeßsache wegen Ansprüchen aus unehelicher Schwängerung hatte das Gericht erster Instanz einige von dem Beklagten benannte Zeugen, welche ihren unzüchtigen Umgang mit der Klägerin bezeugen sollten, als unzulässig zurückgewiesen, weil Niemand angehalten werden könne, über seine eigene unerlaubte Handlung Zeugniß abzulegen; und der Gerichtshof die hierwider erhobene Beschwerde des Beklagten als unstatthaft verworfen, weil hierüber, ohne auf das Materielle der Sache einzugehen, nicht entschieden werden könne. Durch Ordination vom 13. April 1847 erklärte aber das Obertribunal die Beschwerde für formell zulässig, indem die Entscheidung über dieselbe von der Würdigung der Hauptsache ganz unabhängig sey und der mittelbare Einfluß, welchen die Verneh-

Digitized by Google

mung der Zeugen möglicher Weise auf die Hauptentscheidung haben könne, keinen Grund abgebe, die Beschwerde als unstatthaft zurückzuweisen.

Der negatorischen Klage einiger Pfarrgenossen von E. gegen die dortige Pfarrei auf Befreiung von der Verbindlichkeit, zu Deckung des Defizits der Heiligenpflege ꝛc. beizutragen, setzte die Beklagte die „Einrede" entgegen, daß die Kläger nicht zur Sache und zum Prozeß legitimirt seyen, indem nur die Pfarrgemeinde klagen könne. Diese „Einrede" wurde von dem Oberamtsgericht L. als materiell unbegründet verworfen und der hierwider erhobene Rekurs der Beklagten von dem Gerichtshof als unstatthaft zurückgewiesen, weil die Beschwerde nicht gewürdigt werden könne, ohne zugleich das materielle Rechtsverhältniß zwischen den Parteien zu entscheiden. Diesen zurückweisenden Beschluß hob das Obertribunal durch Ordination vom 10. Okt. 1843 auf, weil die als einlassungshindernd vorgeschützte sogenannte Einrede nur eine Abläugnung des Klagerechtes der Kläger enthalte, und die Absicht der Beklagten hiebei auf Abweisung der Klage gerichtet sey. Sofern die Frage: ob den Klägern ein Klagerecht zustehe, einen Theil dessen bilde, was zwischen den Parteien streitig sey, hänge allerdings der Gegenstand der Beschwerde mit dem materiellen Rechtsverhältnisse der Parteien zusammen. Allein die nächste Frage sey, ob es nach prozessualischen Grundsätzen zulässig erscheine, daß hierüber, wie das Oberamtsgericht unter Bezugnahme auf §. 90 und 86 des 4. Ediktes gethan, durch ein vorläufiges richterliches Dekret entschieden und zwar die sogenannte Einrede als materiell unbegründet verworfen werde? Da die Beurtheilung dieser Frage ganz unabhängig von einer Prüfung des materiellen Streitverhältnisses geschehen, das Obertribunal aber, ohne die Instanzenordnung zu stören, sich nicht zunächst über dieselbe aussprechen könne, so habe der Gerichtshof über die bei ihm angebrachte Beschwerde in der angedeuteten Richtung zu entscheiden.

III. Anordnung der Vervollständigung eines Urtheils durch den Unterrichter.

Digitized by Google

Dieß pflegt zu geschehen, wenn der Unterrichter nur über den Anspruch an sich erkannt, die Festsetzung der Größe aber unstatthafter Weise einem besondern Liquidationsverfahren vorbehalten hat (vergl. §. 66. I. des 4. Ediktes, §. 20 der prov. Verordnung vom 22. Sept. 1819), namentlich wenn hievon das Daseyn der Berufungssumme abhängt. Ferner, wenn der Unterrichter über einen von mehreren Klagpunkten oder über eines von mehreren Rechtsmitteln aus Versehen nicht erkannt hat.

In der am 16. Februar 1842 erledigten Sache W. gegen W. wurde jedoch das nur über eine geringere Klagesumme entscheidende Urtheil des Gerichtshofes aufgehoben, weil er nach der Ansicht des Obertribunals über den in zweiter Instanz mittelst Verbesserung der Klage geforderten höheren Betrag derselben Forderung zu erkennen gehabt hätte, er den Kläger aber damit unstatthafter Weise an den Richter erster Instanz zurückgewiesen hatte.

Ordination des Obertribunals vom 3. Oktober 1845 in Sachen S. gegen B.

„Da hier der Fall, in welchem nach den Gesetzen abgesonderte Entscheidungen über einen Anspruch an sich und dann über die Größe desselben zugelassen sind, nicht vorliegt, und von dem Ergebnisse des vorbehaltenen Liquidationsverfahrens es abhängt, ob der Gegenstand der für die eine oder andere Partei übrig bleibenden Beschwerde die zur Oberberufung erforderliche Summe erreiche: so wird der Gerichtshof angewiesen, sein Erkenntniß durch Bestimmung der Summe, welche die Beklagten an dem Pachtschillingsrückstande von 400 fl. abzuziehen berechtigt seyn sollen, zu ergänzen und diese nachträgliche Entscheidung den Parteien vorschriftmäßig zu eröffnen."

Aehnliche Ordinationen ergingen am 19. August 1846 in Sachen D. gegen D., am 7. April 1849 in Sachen H. gegen B., am 8. Januar 1853 in Sachen R. gegen F.

Durch Ordination vom 8. Mai 1847 in Sachen des Fiskus gegen T. wurde der Gerichtshof angewiesen, sein die

Digitized by Google

Restitution gegen einen Vergleich abschlagendes Erkenntniß durch nachträgliche Entscheidung über die eventuellen Klagegründe der enormen Verletzung, des Betrugs und Irrthums zu ergänzen.

In Sachen H. gegen S. hatte der Kläger in erster und zweiter Instanz aus der Hauptsumme auch Zinsen gefordert, der vorige Richter zufolge der Entscheidungsgründe sie ihm auch zugesprochen, aber vergessen, dieß in dem Urtheil auszudrücken. Das Obertribunal erkannte am 28. November 1849 in der Hauptsache und überließ dem Kläger, auf Ergänzung des Urtheils bei dem vorigen Richter anzutragen, wofern die Parteien die Entscheidung auch hierüber nicht dem Obertribunal überlassen wollen.

B. Ordinationen in Folge eines Rechtsmittels gegen ein der Rechtskraft fähiges Erkenntniß.

I. Abänderung

1) formeller Erkenntnisse.

Wenn ein Gerichtshof eine Berufung wegen versäumter Nothfristen nicht angenommen, deßgleichen wenn er ein Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ein desertorisches Erkenntniß aus formellen Gründen abgeschlagen hat, und das Obertribunal die hiergegen gerichtete Appellationsbeschwerde für begründet hält, so pflegt dasselbe das angefochtene Erkenntniß, ohne Vernehmung der Gegenpartei mittelst Ordination aufzuheben (oder eigentlich abzuändern) und den vorigen Richter anzuweisen, auf die Beschwerde selbst weiter was Rechtens zu verfügen.

Entscheidungen vom 11. November 1834 in Sachen R. gegen S., vom 15. Juni 1838 in Sachen W. gegen H., vom 19. März 1836 in Sachen H. gegen H., vom 21. Juni 1843 in Sachen M. gegen M. Bei einer neueren Entscheidung vom 11. August 1843 in Sachen R. gegen G. wurde jedoch der Grundsatz angenommen und seither befolgt, daß die Einforderung einer Vernehmlassung dann als zwecklos unterbleiben und daher das angefochtene Erkenntniß mittelst Ordination aufgehoben werden könne, wenn die Beschwerde

Digitized by Google

gegen das die Restitution als formell unbegründet abschlagende Erkenntniß einzig auf eine Rechtsfrage gegründet werde.

Schon in früherer Zeit pflegte das Obertribunal, wenn die Sache nicht ganz unzweifelhaft war, Verhandlung einzuleiten und hiernächst ein abänderndes Erkenntniß auszusprechen, vergl. z. B. Erkenntniß vom 18. Mai 1821 in Sachen S. gegen S., vom 5. August 1822 in Sachen B. gegen K'sche Gläubiger, vom 25. Mai 1829 in Sachen A. gegen H'sche Gläubiger. (Auch das Sportelgesetz vom 23. Juni 1828, Art. 12, gebraucht den Ausdruck „reformirt" bei Abänderung formeller Erkenntnisse.)

In gleicher Weise hat man das Erkenntniß, wodurch ein die Berufung wegen Mangels der Berufungssumme abschlagendes Erkenntniß eines Gerichtshofs abgeändert wird, früher öfters in die Form einer Ordination eingekleidet. Bei der Entscheidung der Appellationssache S. gegen H. J. vom 7. Juni 1847 aber wurde beschlossen, die Form eines abändernden Erkenntnisses zu wählen, weil die Sache in Verhandlung gesetzt worden war.

Ebenso wurde in der Appellationssache der Gemeinde N. gegen den Müller G. und Genossen das Erkenntniß des Gerichtshofs, welches die von einem Intervenienten eingewandte Berufung gegen das erstrichterliche Erkenntniß als unzulässig verwarf, der die Berufung für statthaft erklärende und die Sache zur materiellen Entscheidung zurückweisende Beschluß des Obertribunals vom 27. November 1846 in die Form eines abändernden Erkenntnisses gebracht, weil die Einforderung einer Vernehmlassung der Gegenpartei vorangegangen war.

In der Appellationssache G. gegen Hosp. Oe. hatte das Gericht erster Instanz den Beklagten für schuldig erkannt, der Kl. die eingeklagte Bürgschaftssumme von 480 fl. nebst Zinsen vom 3. Februar 1826 an zu bezahlen, die Kl. aber mit den von 1819 an weiter geforderten Zinsen unter einem Beweisnachlasse abgewiesen. Die von dem Beklagten gegen dieses Urtheil ergriffene Berufung wies der Gerichtshof durch Erkenntniß vom 1. September 1830 als zu früh angebracht

Digitized by Google

(unter Bezugnahme auf §. 154 des 4. Ediktes) zurück. Gegen dieses Erkenntniß erhob der Beklagte außergerichtliche Beschwerde, weil die Entscheidung eine blos formelle sey; das Obertribunal nahm den Rekurs als statthaft an, und hob durch Ordination vom 20. November 1830 jenes Erkenntniß auf, weil der Beklagte, um die Rechtskraft des unbedingten Theils des erstrichterlichen Erkenntnisses abzuwenden, sofort ein Rechtsmittel hiergegen habe ergreifen müssen; überließ jedoch dem Gerichtshof, die weitere Verhandlung der an ihn erwachsenen Sache, falls er es angemessen finde, bis nach erfolgter Vereinigung des bedingten Theils des erstrichterlichen Erkenntnisses einzustellen.

Hieher gehört auch der in Bolley's Aufsätzen Nr. 21, Seite 340, dargestellte Rechtsfall, in welchem das die Appellation als unstatthaft abweisende Erkenntniß des Gerichtshofs von dem Obertribunal nach gepflogener Verhandlung durch „Ordination" vom 10. August 1827 aufgehoben und der Gerichtshof angewiesen wurde, das an ihn gebrachte neue appellantische Vorbringen zu würdigen und hiernach in Hauptsache und Kostenpunkt von Neuem zu erkennen.

In einer Gantsache hatte das Oberamtsgericht N. den Gläubigern einen Lokations-Entwurf vorgelegt und von ihnen „unter Verzicht auf ein förmliches Erkenntniß und Appellation" genehmigen lassen. Als ein Gläubiger gleichwohl appellirte, indem er jener Erklärung nicht beigetreten sey, verwarf der Gerichtshof die Berufung als unstatthaft. Das Obertribunal erklärte aber am 23. Juni 1853 die Berufung für zulässig und wies die Sache zur materiellen Entscheidung an den Gerichtshof zurück. Denn die Bestimmung in §. 177 lit. b des 4. Edikts vom 31. Dezember 1818 setze voraus, daß ein förmliches Prioritätsurtheil gefällt worden und die Verweisung nur dessen Vollziehung sey. Sey aber den Gläubigern ein bloßer Lokations-Entwurf vorgelegt und von ihnen genehmigt, demnach die Verweisung blos auf die, die Rangordnung betreffende, Vereinbarung gebaut, so habe letzteres nur in der Voraussetzung geschehen können, daß diese

Digitized by Google

Vereinbarung auf eine sämmtliche Gläubiger verbindende Weise zu Stande gekommen sey. Die appellantische Beschwerde sey gerade gegen diese Voraussetzung des Oberamtsgerichts gerichtet, indem die Appellantin der Uebereinkunft sich nicht angeschlossen habe. Es handle sich also darum, ob das Oberamtsgericht mit Recht eine Vereinbarung der Gläubiger über die Rangordnung zur Grundlage der Verweisung gemacht habe, oder ob es ein förmliches Lokationsurtheil hätte fällen sollen. Ueber diese Frage habe der Gerichtshof als Appellationsrichter zu entscheiden, und erst von dieser Entscheidung hänge es ab, ob und inwiefern die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Oberamtsgericht zurückzuweisen sey.

2) materieller Erkenntnisse.

a) Beseitigung eines von dem Unterrichter auferlegten unerheblichen Eides oder Berichtigung eines Eidessatzes von Amtswegen.

In Sachen M. gegen M. hatte das Gericht erster Instanz dem Beklagten einen Reinigungseid auferlegt, der Gerichtshof aber auf Berufung des Beklagten alternativ auf Leistung dieses Eides oder den Beweis der Kompensationseinrede des Beklagten erkannt. Hierwider ergriff der klägerische Theil die Oberberufung und bat um Wiederherstellung des erstrichterlichen Urtheils, der Beklagte aber um Bestätigung des Urtheils zweiter Instanz. Demungeachtet wurde durch oberstrichterliches Urtheil vom 22. Februar 1822 Beklagter unbedingt von der klägerischen Forderung freigesprochen und dieß in den Entscheidungsgründen damit gerechtfertigt.

„Hiernach muß Beklagter von diesem Anspruch unbedingt freigesprochen werden.

Zwar hat derselbe hierauf in der dritten Instanz nicht wieder, wie in der zweiten Instanz, sein Gesuch gestellt und in jener der Gemeinschaft der Appellation sich nicht bedient. Aber warum sollte der höhere Richter gegen die klare Aktenlage und besonders da hier von einem bloßen aus den Akten mit mathematischer Gewißheit

hervorgehenden Zahlenverhältniß die Rede ist, folglich die frühern Erkenntnisse eigentlich auf Rechnungsfehlern beruhen, — noch einen von ihm als ganz unerheblich erkannten Eid zulassen und ein von ihm als völlig unnütz erkanntes Beweisverfahren noch gestatten?"

Durch Urtheil des Stadtgerichts St. in Sachen K. gegen St. und F. waren die Beklagten zu Zahlung der eingeklagten Forderung für schuldig erklärt, auf ihre Berufung aber von dem Gerichtshof dem Chef des klägerischen Handlungshauses ein aus mehreren Hauptpunkten zusammengesetzter Ergänzungseid auferlegt worden. Von Seite der Beklagten Appellanten wurde gegen die Fassung des Eides nicht gravaminirt, sondern nur im Allgemeinen um Abweisung der Kläger gebeten. Nach gepflogener Verhandlung, in welcher die Kläger auf Bestätigung des angefochtenen Erkenntnisses angetragen, erkannte das Obertribunal am 29. August 1823 zwar auch auf einen Ergänzungseid der klägerischen Partei, aber in einer von Amtswegen berichtigten, für den Schwurpflichtigen günstigeren Fassung. Die Entscheidungsgründe enthalten darüber:

„Es ist nicht zu verkennen, daß die Eidesformel des Gerichtshofs sich zum Theil über Gegenstände verbreitet, welche entweder schon erledigt sind (z. B. Legitimation der Kläger zur Sache), oder welche nach den Resultaten der Handschriftenbesichtigung und Vergleichung ꝛc. (zu Gunsten der Kläger) nur noch von geringem Einfluß seyn können (wie z. B. die K'sche Lehrlingsverhältnisse). Deßwegen ist jene Formel abgeändert und auf jene Umstände, welche zunächst in die Sache eingreifen, beschränkt worden."

In Sachen R. gegen F., Anspruch auf Befreiung von einer Kassenrestforderung der Gemeinde F. betreffend, hatte das Oberamtsgericht H. auf einen Reinigungseid des Beklagten erkannt, und auf Beschwerde des Klägers der Gerichtshof dieses Urtheil bestätigt. Das Obertribunal erkannte am 7.—9. November 1827, daß die Oberberufung des Klägers wegen Mangels einer gegründeten Beschwerde nicht anzunehmen,

Digitized by Google

übrigens die Eidesformel von oberstrichterlichen Amtswegen dahin abzuändern sey, daß Beklagter zu beschwören habe:

er habe als Steuereinnehmer von 1818—19 die im Streit begriffenen 734 fl., welche nach der Angabe des Klägers R. in sieben Lieferungen von 261 fl., 100 fl., 60 fl., 163 fl., und 3 Posten je von 50 fl. bestanden seyn sollen, von dem Kläger, als Bürgermeister von 1817—18 weder ganz noch auch nur theilweise erhalten.

Gründe:

Da die vom Richter erster Instanz vorgeschriebene Eidesformel, welche vom Beklagten beschworen werden soll, den Akten in dreifacher Beziehung nicht gemäß ist, indem es sich auf der einen Seite nicht von Geldern, welche an den Beklagten als Bürgermeister von 1813—14, sondern bestimmt nur von solchen, welche vom Kläger als Bürgermeister von 1817—18 an den Beklagten als Steuereinnehmer von 1818—19 übergeben worden seyen, handelt, auf der andern Seite aber vom Beklagten in der letzteren Eigenschaft gar keine solche Gelder in Einnahme gesetzt wurden, endlich nach dem vieljährigen Alterniren, welches zwischen dem Kläger, und dem Beklagten als Bürgermeistern aktenmäßig Statt hatte, der Letztere von dem Erstern ja auch noch in andern Jahrgängen als von 1813—14 und von 1818—19 Gelder empfangen, aber auch verrechnet haben konnte, welche wenigstens jedenfalls keinen Gegenstand dieses Prozesses ausmachen: so mußte die Eidesformel, obgleich deshalb von keiner Seite eine besondere Beschwerde erhoben worden, von oberstrichterlichen Amtswegen auf eine mit den Akten übereinstimmende Art abgeändert werden.

Das Oberamtsgericht V. erkannte in Sachen H. gegen M., Aufhebung eines Gutskaufs betreffend:

„Würde der Beklagte M. einen Reinigungseid dahin schwören, daß bei dem Kaufvertrag über das im Streit befangene Witthumgut nicht die Uebereinkunft geschehen sey, die Zahlung des Kaufpreises müsse, wenn der Kauf sich nicht wieder auflösen solle, innerhalb zwei bis drei Tagen nach

Digitized by Google

Abschluß des Kaufs, sondern nach dem Einschreiben, d. h. nach dem gemeinderäthlichen Erkenntnisse über den Kauf geleistet werden, so werden die H'schen Eheleute mit ihrer Klage abgewiesen ꝛc.; würde hingegen der Beklagte den Eid verweigern, so wird der Kauf als aufgehoben erklärt ꝛc. —"

Die hiegegen von den Klägern ergriffene Berufung wurde vom Gerichtshof in E. am 23. Dezember 1830 wegen Mangels einer gegründeten Beschwerde verworfen, worauf die Kläger die Oberberufung ergriffen.

Das Petitum der Kläger in der Beschwerdeschrift dritter Instanz ging dahin: abändernd zu erkennen, daß es bei der appellantischen Kaufsaufkündigung sein Verbleiben und wegen derselben Appellat an die Appellanten keine weiteren Ansprüche zu machen habe, als daß ihm die Abschlagszahlung von 393 fl. zurückerstattet werde.

Das Petitum des Beklagten in der Vernehmlassung ging dahin: das Erkenntniß erster Instanz lediglich zu bestätigen.

Durch das oberstrichterliche Urtheil vom 28. Juli 1831 wurde der Beklagte unbedingt von der Klage freigesprochen, da diese (wie näher ausgeführt wird) als grundlos sich darstelle und demnach die Ableistung des dem Beklagten vom Richter erster Instanz auferlegten Eides ganz überflüssig werde. Wenn gleich der Beklagte nur um Bestätigung des erstrichterlichen Urtheils gebeten habe, so könne doch das höhere Gericht keinen Anstand nehmen, mit Beseitigung eines nach seinen Prämissen ganz unerheblichen Eides unbedingt zu Gunsten des Beklagten zu erkennen.

In Sachen H. gegen M., Ansprüche aus unehelicher Schwängerung betreffend, war die Klägerin durch das Urtheil erster Instanz mit ihren Ansprüchen unbedingt abgewiesen, durch Erkenntniß des Gerichtshofs aber zum Ergänzungseid über ihre Behauptung, „daß sie in der Zeit vom 31. März bis 4. April 1831 (dem grünen Donnerstag bis Ostermontag) von dem Beklagten geschwängert worden sey," zugelassen worden. Die von dem Beklagten ergriffene

Digitized by Google

Oberberufung wurde durch oberstrichterliches Urtheil vom 7. September 1833 wegen Mangels einer gegründeten Beschwerde verworfen, jedoch die Eidesformel näher dahin bestimmt:

„Die Klägerin habe zu beschwören, daß sie weder während der Osterfeiertage, noch in dem Zeitraum von sechs Wochen vor und sechs Wochen nach Ostern 1831 mit einem anderen Manne, als dem Beklagten, einen solchen Umgang, aus welchem das von ihr am 1. Januar 1832 geborene Kind hätte entstehen können, gepflogen habe, mithin der Beklagte der Vater dieses Kindes sey.

Diese Modifikation des Erkenntnisses zweiter Instanz ohne vorgängige Verhandlung der Sache wurde damit gerechtfertigt, daß obige Formel sehr gewöhnlich sey, der Verdacht eines unzüchtigen Umgangs der Klägerin mit andern Männern durch die Zeugenaussagen wenigstens nicht entfernt werde, besonders aber, daß die Klägerin in zweiter Instanz gerade zu Beschwörung jener Formel ausdrücklich sich erboten habe, daher es auch in dieser Beziehung einer Verhandlung mit der Klägerin in dritter Instanz nicht bedurft habe.

In einer anderen Schwängerungssache, S. gegen L., hatte der Beklagte, neben der Einrede mehrerer Zuhälter, sich darauf berufen, daß er an dem Tage, an welchem die Klägerin von ihm geschwängert worden zu seyn behauptete, von Hause abwesend gewesen und erst Abends 7 Uhr zurückgekehrt sey. Die Klägerin schob dem Beklagten einen Eid zu und das Gericht erster Instanz erkannte auf Ableistung dieses Eides. Würde aber auch der Beklagte den Eid verweigern, so habe die Klägerin dennoch zur Reinigung von dem Verdacht unzüchtigen Umgangs mit Anderen zu beschwören, daß der Beklagte sie zur angegebenen Zeit geschwängert habe. Die von dem Beklagten eingewandte Berufung wurde von dem Gerichtshof wegen Mangels ein Beschwerde verworfen, und ebenso erkannte am 15. Juli 1836 das Obertribunal, übrigens mit der Modifikation, daß die (nicht gehörte) Klägerin Appellatin eventuell zu beschwören habe, daß sie weder

Digitized by Google

mit dem ledigen J. H. von E., noch mit einem andern Mann einen solchen Umgang gepflogen habe, daß daraus das Kind hätte entstehen können.

In Sachen F. gegen S. legte das Gericht erster Instanz der Klägerin einen Eid darüber auf, daß sie in der Zeit von vier Wochen vor und von drei Monaten nach dem 4. Mai 1840 mit dem Beklagten und außer ihm mit keinem andern Manne solchen Umgang gepflogen habe, daß das am 4. Febr. 1841 geborene Kind davon herrühren konnte. In Folge der Berufung des Beklagten erkannte der Gerichtshof rejektorisch, und auch das Obertribunal verwarf die Oberberufung desselben durch Erkenntniß vom 27. März 1847, übrigens unter Abänderung der Eidesformel dahin: „daß Klägerin in der Zeit von vier Wochen vor und von drei Monaten nach dem 4. Mai 1840 mit dem Beklagten und außer ihm mit keinem andern Manne fleischlichen Umgang gepflogen habe.“ Eine Verhandlung mit der Klägerin Appellatin wegen dieser zu Abschneidung einer Mental-Reservation beschlossenen Modifikation wurde deßhalb nicht für nöthig erachtet, weil der Richter zu dieser Aenderung von Richteramtswegen befugt sey, und er daher, das Vorbringen der Klägerin möchte ausfallen, wie es wolle, hierdurch zu einem Abstehen davon nicht bestimmt werden könnte.

Durch das Urtheil des Oberamtsgerichts G. vom 29. Januar 1833 wurde der Beklagte G. von der wider ihn erhobenen Klage des C. M. und Gen. auf das Miteigenthum an einem Walde entbunden.

Auf die Berufung der Kläger, welche zum Ergänzungseid zugelassen seyn wollten und eventuell dem Beklagten einen Eid zugeschoben hatten, erkannte der Gerichtshof in E. abändernd am 3. September 1833, der Beklagte sey schuldig, den ihm zugeschobenen Eid folgendermaßen abzuleisten:

„daß der im Mai 1830 von Michael Sch. zu W. in dem darüber ausgefertigten zweiten Kaufbrief auf den Namen des Beklagten um 1700 fl. erkaufte Wald nicht für die streitenden Theile gemeinschaftlich, sondern für ihn, Be-

Digitized by Google

klagten allein und mit Ausschuß einer Theilnahme der Kläger daran erkauft worden sey."

Schwöre der Beklagte, so werde die Klage abgewiesen, im Verweigerungsfall habe der Beklagte den Klägern an dem Wald zu zwei Dritttheilen Antheil zu gestatten ꝛc.

Gegen dieses Urtheil appellirte der Beklagte und bat um Wiederherstellung des erstrichterlichen Erkenntnisses.

Die Beschwerdeschrift wurde nicht ad excipiendum mitgetheilt, sondern am 28. Dezember 1833 ein rejektorisches Urtheil gefällt, jedoch die Eidesformel von Richteramtswegen nach denjenigen Prämissen, von welchen der vorige Richter selbst ausgegangen, somit in seinem Sinne, schärfer dahin festgesetzt:

„daß Beklagter mit M. Sch. über den von letzterem an die Kläger am 11. Mai 1830 für 1700 fl. verkauften Wald einige Tage später in eigenem Namen einen neuen Kaufvertrag in der Art, daß er — der Beklagte — mit gänzlichem Ausschluß der Kläger allein als der wahre Käufer zu betrachten sey, abgeschlossen, — und nur auf den Grund dieses neuen Kontraktes, nicht aber als Gesellschafter der Kläger, das schon im ersten Vertrag bedungene Angeld von 200 fl. bezahlt habe."

In Sachen S. gegen D., Leibgeding betreffend, erkannte das Oberamtsgericht O., daß Beklagter der Klägerin, ungeachtet des seither erfolgten Todes ihres Ehemannes das vollständige Leibgeding, wie es in dem vom Ehemann der Klägerin mit seinem Sohne unterm 19. Juli 1825 eingegangenen Leibgedingsvertrag bestimmt worden, noch ferner zu entrichten habe.

Auf die Berufung des Beklagten erkannte der Gerichtshof in T. (zuerst auf Beweis dann) am 5. Februar 1835:

„würde die Klägerin zur Ergänzung des von ihr angetretenen Zeugenbeweises schwören, daß es bei Eingehung des zwischen ihr und ihrem verstorbenen Ehemann einer- und dem Sohn Andreas ꝛc. und dessen Braut andererseits am 19. Juli 1825 zu Stande gekommenen Kaufs- und Leib-

Digitized by Google

gedingskontraktes ihre und ihres verstorbenen Ehemannes erklärte und von den Käufern der Güter angenommene Absicht gewesen sey, auch dem Ueberlebenden von ihnen Beiden nach dem Tode des Andern den vollständigen Genuß des stipulirten Leibgedings in allen seinen Theilen zu versichern und zu verschaffen, so wird der Beklagte für schuldig erklärt, der Klägerin das Leibgeding . . . vollständig zu entrichten; — würde sie diesen Eid aber verweigern, so würde das Urtheil erster Instanz abgeändert und erkannt werden, daß ꝛc. . . . ."

Der Beklagte beschwerte sich gegen dieses Urtheil, weil die Klage nicht unbedingt abgewiesen worden sey, und stellte das Gesuch: das Urtheil des Gerichtshofes vom 5. Februar 1835 aufzuheben und die Klägerin mit ihren Ansprüchen, soweit sie ihr nicht durch das Erkenntniß des Gerichtshofes vom 27. Juni 1833 (wodurch theilweise der Klägerin der in der Folge für desert erklärte Beweis nachgelassen worden war) unbedingt zugestanden worden, abzuweisen.

Der Referent des Obertribunals beantragte, rejektorisch zu erkennen, und bemerkte in seinem Votum: das angefochtene Erkenntniß müßte zu Gunsten der Klägerin, welche durch Aufbürdung eines überflüssigen Ergänzungseides beschwert sey, abgeändert werden, wenn die Klägerin die Appellation verfolgt hätte; da aber dieses nicht geschehen sey, und das vorige Erkenntniß doch nicht in pejus reformirt werden könne, auch wohl anzunehmen sey, daß die Klägerin jenen Eid zu schwören bereit sey, so frage es sich, ob die Klägerin für den von ihr zu beweisenden Satz so viel beigebracht habe, daß der auferlegte Ergänzungseid statthaft sey, — und dieß müsse bejaht werden.

Bei der Berathung wurde indessen die Frage angeregt, ob nicht nach Vorgängen die unpassende Eidesauflage an die Klägerin von Amtswegen zu beseitigen sey, und es wurde dann auch beschlossen, die Eidesauflage als unpassend und mit der diesseitigen Begründung der Entscheidung als unvereinbar aufzuheben und rejektorisch dahin zu erkennen,

Digitized by Google

daß es bei dem Erkenntniß erster Instanz lediglich sein Bewenden habe.

In den Gründen heißt es hierüber:

Der der Klägerin auferlegte Eid erscheine nicht nur als überflüssig, sondern sogar, wie ausgeführt worden sey, als ganz ungeeignet; es würde daher der Gerechtigkeit kein volles Genüge geschehen, wenn man dabei stehen bleiben wollte, die Berufung wegen Mangels einer Beschwerde zu verwerfen, ohne den Eid zugleich zu beseitigen . . . . „Nun gehört es aber zu den unbestrittenen Pflichten des Richters, Eidesleistungen zu begegnen, wodurch für die Ausmittlung eines Rechtsverhältnisses nichts gewonnen werden kann, weil sie als Mißbrauch dieses ohnehin die größte Behutsamkeit erfordernden Mittels erscheinen, es muß daher auch in den Befugnissen des Oberrichters liegen, eine von dem Unterrichter geschehene Eidesauflage, wenn sie nicht wirklich zum Zweck des Rechtspruchs dient, selbst dann aufzuheben, wenn der, welcher mit der Eidesauflage belastet wurde, hierüber keine besondere Beschwerde geführt hätte; — in welcher Art auch vom Obertribunal in vielen Fällen gegen den Appellanten unbedenklich reformirt worden ist, indem der Oberrichter in einer durch Appellation an ihn gelangten Rechtssache in der freien Beurtheilung derselben durch die Ansichten des Unterrichters nicht beschränkt werden kann, aber es die höchste Inkonsequenz wäre, wenn eine vom Unterrichter gemachte Eidesauflage, welche mit der Begründung der oberrichterlichen Entscheidung in geradem Widerspruch stünde, dennoch vom Oberrichter aufrecht erhalten würde,

Bolley, verm. jur. Aufs. Nr. 27, S. 429.

Da nun der Beklagte . . . . unbedingt zu verurtheilen war, so mußte der Eid von oberstrichterlichen Amtswegen beseitigt werden."

Aus Veranlassung dieses Rechtsfalles wurde die schon in frühern Fällen angewendete Thesis, daß der Oberrichter befugt sey, eine vom Richter voriger Instanz gemachte Eidesauflage, wenn auch keine Beschwerde dagegen erhoben worden

Digitized by Google

in dem Fall ex officio zu verwerfen oder anders zu bestimmen, wenn es nach seinem Urtheil auf den Beweis des Umstandes, worauf die Eidesauflage sich bezieht, ganz und gar nicht ankommt, in das Präjudizienbuch des Obertribunals eingetragen.

Diesem Grundsatze ist das Obertribunal auch später treu geblieben.

Nachdem auf die Klage des M. dessen mit A. W. in C. eingegangene Ehe von dem Ehegericht am 3. September 1834 für eine in Württemberg nicht gültige eheliche Verbindung erklärt worden war, erhob die W. eine gerichtliche Klage gegen M. auf Entschädigung im Betrag von 30,000 fl.

Das Stadtgericht S. erkannte am 1. September 1836:

1) daß der Beklagte schuldig sey, die ihm von der Klägerin zugeschobenen Eide in Beziehung auf (die von der Klägerin replicando behauptete) Verzeihung und Kompensation ihres Ehebruchs dahin abzuschwören:

A) daß er der Klägerin nach seiner im Jahr 1833 erfolgten Rückkehr aus Indien weder ausdrücklich: was immer in seiner Abwesenheit vorgegangen seyn möge, verziehen, — noch auch, nachdem er die volle Ueberzeugung von ihrem Ehebruch erlangt gehabt, ihr ehelich beigewohnt habe;

B) daß er während der Dauer der Putativ-Ehe mit der Klägerin niemals mit einer andern Frauensperson sich fleischlich vergangen habe.

2) Schwöre er beide Eide, so sey die Klägerin abgewiesen, verweigere er aber einen oder den andern, so sey er schuldig, der Klägerin bis zu ihrer Wiederverheirathung 500 fl. jährlich zu bezahlen ꝛc.

Hiegegen appellirten beide Theile:

die Klägerin, weil

a) der Beklagte nicht unbedingt verurtheilt worden sey,

b) weil mit den Worten „volle Ueberzeugung" eine Mentalreservation eingeräumt sey,

c) daß der Betrag der Entschädigung zu gering sey.

Ihr Gesuch war: den Beklagten unbedingt in die geforderte Summe zu verurtheilen;

der Beklagte, weil

a) vom ersten Richter eine ihn zum Ersatz verpflichtende culpa angenommen,

b) den Repliken der Verzeihung und Kompensation Folge gegeben worden sey ꝛc.

Sein Antrag ging dahin: abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Gerichtshof in E. erkannte am 25. August 1838 theilweise abändernd. Würde der Beklagte schwören, daß er

1) der Klägerin nach seiner im Jahr 1833 erfolgten Rückkehr nach S. ihren Ehebruch weder ausdrücklich mit den Worten: „was immer geschehen seyn möge, es solle vergessen seyn," verziehen habe; noch ihr, nachdem er die volle Ueberzeugung von ihrem Ehebruch erlangt, oder im wirklichen Glauben daran, ehelich beigewohnt, daß er namentlich

2) derselben nicht, nachdem die Dienstmagd der Klägerin in Folge der Ehebruchsanklage des Beklagten bei dem Kriminalamt bereits verhaftet war, ehelich beigewohnt,

3) daß er während der Putativ-Ehe mit der Klägerin sich nie mit einer andern Frauensperson fleischlich vermischt habe, — so wird die Klägerin mit ihrer Klage ꝛc. abgewiesen. Würde aber der Beklagte einen dieser Eide verweigern, so ist er schuldig, der Klägerin . . . jährlich 800 fl. . . . zu bezahlen.

Dagegen ergriff die Klägerin die Oberberufung, indem sie sich wegen der bloß bedingten Verurtheilung des Beklagten und wegen des geringen Betrags von 800 fl. beschwert erachtete; dieser Berufung adhärirte der Beklagte in der Vernehmlassung und stellte das petitum: die Ansprüche der Klägerin unbedingt abzuweisen.

Der Antrag des Referenten ging dahin:

unter Verwerfung der Appellationsadhäsion des Beklagten zu

Digitized by Google

erkennen, daß der Beklagte die ihm in zweiter Instanz auferlegten Eide zu schwören habe und im Leistungsfall von der Klage entbunden, im Verweigerungsfall für schuldig erklärt werde, der Klägerin 15,000 fl. zu bezahlen.

Das Obertribunal beschloß jedoch am 19. Oktober 1839, die Entschädigungsklage an sich als begründet, aber als durch die Einrede der Untreue entkräftet anzunehmen, und die hiegegen vorgebrachten Repliken der ausdrücklichen und stillschweigenden Kondonation und der Kompensation als unbegründet zu verwerfen, auch die Adhäsion des Beklagten als formell unstatthaft abzuschlagen, und da demgemäß die Eide, auf welche die vorigen Richter erkannt haben, als unerheblich erscheinen, die vorigen Erkenntnisse abzuändern und den Beklagten mit Beseitigung dieser Eide von der Klage unbedingt freizusprechen.

In den Entscheidungsgründen ist in dieser Richtung gesagt:

„Aus dem bisher Angeführten folgt, daß diejenigen faktischen Momente, worüber die Klägerin zum Beweis ihrer Repliken dem Beklagten den Eid angetragen hat, welcher auch durch die vorigen Erkenntnisse dem Beklagten auferlegt worden ist, nicht erheblich sind. Zwar kann die Adhäsion des Beklagten, mit welcher er diese Eidesauflage beseitigen will, formell nicht für zulässig erachtet werden, denn indem er den Richter zweiter Instanz um die Anberaumung einer Tagfahrt zur Eidesabnahme bat, hat er seine Zufriedenheit mit dem Erkenntniß desselben bezeugt ꝛc. Gleichwohl mußte auf die Beseitigung jener Eidesauflage von Amtswegen erkannt werden. Es hat nämlich das Obertribunal den Grundsatz angenommen und schon in mehreren Fällen angewendet, daß der höhere Richter bei seiner Entscheidung an die Rechtskraft eines durch Eid bedingten Erkenntnisses dann nicht gebunden ist, wenn es nach seinem Urtheil auf den Beweis des Umstandes, worauf sich die Eidesauflage bezieht, gar nicht ankommt, mithin der Eid als ganz überflüssig erscheint."

In Sachen N. gegen St., Darlehen betreffend, war der

Digitized by Google

Kläger von dem Gericht erster Instanz mit seiner Klage abgewiesen; auf seine Berufung erkannte aber der Gerichtshof:

Würde der Kläger zur Ergänzung einen Eid schwören, daß er am 29. Januar 1844 dem J. A. N. auf sein Ansuchen ein Darlehen von 300 fl. gegeben und daß J. A. N., und nicht die V. N. von B., diese 300 fl. von ihm erhalten habe, so sind die Beklagten schuldig, 300 fl. ..... zu bezahlen.

Würde er den Eid verweigern, so wird er abgewiesen. Die Beklagten ergriffen hiegegen die Oberberufung und stellten in der Beschwerdeschrift das Gesuch, das erstrichterliche Urtheil wiederherzustellen. Der Kläger bat in der Vernehmlassung, die Beklagten mit ihrer Beschwerde gegen das Urtheil zweiter Instanz abzuweisen.

Der Antrag des Referenten des Obertribunals ging auf Abänderung des nächstvorigen und Wiederherstellung des oberamtsgerichtlichen Urtheils; es wurde jedoch in der Sitzung vom 23. Juni 1848 mit allen Stimmen gegen die des Referenten beschlossen, den Ergänzungseid, obgleich der Kläger sich dagegen nicht beschwert hat, zu beseitigen und die Beklagten unbedingt zu verurtheilen.

Es ist hierüber in den Entscheidungsgründen bemerkt:

...„Erscheint somit der Anspruch des Klägers an die Beklagten begründet, so lag zu einer Eidesauflage an den Kläger darüber, ob der Erblasser der Beklagten oder die V. N. das Darlehen von 300 fl. nachgesucht und erhalten habe, kein Grund vor, und es war daher nach der bekannten Thesis des Obertribunals, daß der Oberrichter auch zum Nachtheil des Appellanten einen von dem Unterrichter auferlegten unerheblichen Eid zu beseitigen befugt ist, — die Verurtheilung des Beklagten unbedingt auszusprechen“ .....

Das Oberamtsgericht E. erkannte in Sachen N. gegen Th., Verdienstforderung betreffend, daß der Kläger einen Ergänzungseid dahin zu schwören habe, daß er für die Glasfabrik zu N. in den Jahren 1833 bis 1838 in der Absicht gearbeitet habe, den durch seine Arbeit entstehenden Verdienst

Digitized by Google

nicht für sich, sondern für seinen Vater, J. Th., zu erwerben. Schwöre der Kläger diesen Eid, so werde der Beklagte verurtheilt, dem Kläger 1067 fl. 24 kr. sammt Zinsen ꝛc. . . . . zu entrichten; im Eidesverweigerungsfall werde aber der Kläger mit seiner Klage abgewiesen.

Auf die Berufung des Beklagten erkannte der Gerichtshof in E. am 19. Juli 1848 rejektorisch.

Hiegegen ergriff der Beklagte die Oberberufung und stellte das Gesuch: abzuändern und den Kläger mit seiner Klage abzuweisen.

Eine Vernehmlassung wurde nicht einverlangt.

Der Antrag des Referenten des Obertribunals ging gleichfalls auf eine rejectoria; bei der Berathung in der Sitzung vom 17. April 1849 wurde aber die Ansicht geltend gemacht, daß ungeachtet der Kläger sich bei dem erstrichterlichen Erkenntnisse beruhigt habe, nach Vorgängen der demselben auferlegte Eid als unerheblich von Amtswegen beseitigt werden könnte, und es wurde sodann einstimmig beschlossen, die vorigen Erkenntnisse theils zu bestätigen, theils abzuändern und den Beklagten unbedingt zu Bezahlung von 1067 fl. 24 kr. ꝛc. zu verurtheilen.

In den Entscheidungsgründen ist bemerkt:

. . . . „Wenn man auch annimmt (mit den vorigen Richtern), daß der Kläger die eingeklagte Forderung nicht aus eigenem Rechte, sondern als Cessionar seines Vaters geltend gemacht habe, so erscheint gleichwohl der (dem Kläger auferlegte Ergänzungs-) Eid nicht blos als überflüssig, sondern als für die Entscheidung dieses Rechtsstreits völlig unerheblich ꝛc. . . . . Es war daher, da es in der Pflicht des Richters liegt, das Abschwören unerheblicher Eide zu verhüten, der dem Kläger auferlegte Ergänzungseid von Amtswegen zu beseitigen ꝛc.“ . . . .

In Sachen B. gegen B., Bürgschaft betreffend, erkannte das Oberamtsgericht B., Kläger habe zur Ergänzung einen Eid dahin zu schwören, „daß sein Handlungsbuch richtig geführt und die in demselben auf Rechnung des U. unterm

Digitized by Google

5., 16., 17. August und 6. September 1843 eingetragenen 1000 fl. ein von dem kl. Handlungshaus B. dem U. gegebenes Anlehen und zwar das nämliche Anlehen sey, wofür das Stampfwerk zu verpfänden von U. beabsichtigt wurde, und ferner, daß Kläger dem Beklagten von der Bezahlung der 1000 fl. an U. sogleich und zwar vor dem Verkauf des Stampfwerks Mittheilung gemacht und ihm eröffnet habe, daß das Darlehen auf die Bürgschaft des Beklagten hin nun gegeben worden sey;" — schwöre Kläger diesen Eid, so habe der Beklagte 1000 fl. nebst Zinsen ꝛc. zu bezahlen, verweigere er denselben, so werde der Beklagte von der Klage entbunden.

Auf die Berufung des Beklagten, welcher um Abweisung der Klage bat und sich eventuell über das Eidesthema beschwerte, weil es sich nicht davon, ob U. sein Stampfwerk zu verpfänden beabsichtigt, sondern davon handle, ob dem U. ein Anlehen von 1000 fl. gegen das Versprechen der Verpfändung dieses Stampfwerks von dem klägerischen Handlungshaus gegeben worden sey, — erkannte der Gerichtshof in U. am 14. August 1847 bestätigend.

(Der Kläger hatte nur im Zinsenpunkt appellirt und sich bei dem bestätigenden Urtheil des Gerichtshofs beruhigt.)

Hiegegen appellirte der Beklagte und bat, abzuändern und nach seinen Anträgen in zweiter Instanz zu erkennen.

In der Vernehmlassung des Kl. wird um Bestätigung der vorigen Erkenntnisse gebeten.

Der Antrag des Referenten des Obertribunals ging auf Abänderung und Abweisung der Klage, es wurde aber am 27. Februar 1850 per majora beschlossen:

im Wesentlichen bestätigend zu erkennen, dahin:

Der Vorstand des klägerischen Handlungshauses, Kaufmann B., hat zur Ergänzung einen Eid zu schwören, daß die nach dem Kapitalienbuch des kl. Handlungshauses am 5., 16. und 17. August und 6. September 1843 dem nun verstorbenen Papierfabrikanten Fr. U. zu B. baar gegebenen 1000 fl. nicht als Vorschuß auf die Lieferung von Waaren, sondern als ein wirkliches Darlehen gegeben worden sind.

Digitized by Google

Im Eidesleistungsfall wird der Beklagte für schuldig erklärt, 1000 fl. ꝛc. zu bezahlen, im Eidesverweigerungsfall wird die Klage abgewiesen.

Bezüglich der Modifikation des Eidessatzes ist in den Entscheidungsgründen gesagt:

„Dafür, daß Papierfabrikant U. das Darlehen von 1000 fl. wirklich erhalten hat, liegt jedenfalls so viel Beweis vor, um die Erkennung eines Ergänzungseides zu rechtfertigen. Der Richter erster Instanz hat denselben jedoch auf Thatsachen ausgedehnt, welche für die Entscheidung des Rechtsstreits durchaus unerheblich sind. Es mußte daher, obwohl die klägerische Partei keine Beschwerde dagegen erhoben hat, der Eidessatz abgeändert werden, da es konstante Praxis des Obertribunals ist, unerhebliche und zwecklose Eide, wodurch für die Ausmittlung des streitigen Rechtsverhältnisses nichts gewonnen wird, auch ohne besondere Beschwerde zu Gunsten des Appellaten zu beseitigen. Erheblich ist aber nur, was im obigen Eidesthema ausgehoben worden ist."

Endlich ist noch das in Hufnagel's Mittheilungen II. Seite 352 angeführte Erkenntniß des Obertribunals vom 2. Januar 1841 hier zu erwähnen.

b) Abweisung eines von dem vorigen Richter definitiv abgewiesenen Anspruchs als blos zur Zeit unstatthaft.

Die Finanzkammer in U. verkaufte einen Weiher zum Trockenlegen an L. N. Als dieser zum Trockenlegen schreiten wollte, erhob der mit dem Wasser belehnte Müller G. Einsprache, worauf die Finanzkammer dem N. einen Einhaltsbefehl ertheilte. Dies veranlaßte den N. zu einer Klage auf Erfüllung des Kaufvertrags, welchen Anspruch die beklagte Finanzkammer als unbegründet bestritt, weil der Kaufvertrag wegen Irrthums nichtig sey; hiemit verband sie eine Widerklage auf Schadenersatz, weil Kläger sie verhindert habe, den Weiher mit Fischen zu besetzen.

Der Gerichtshof wies sowohl den Kläger als die Widerklägerin mit ihren Ansprüchen ab, die letztere darum, weil der Kaufvertrag noch zu Recht bestehe, die Widerklägerin da-

Digitized by Google

her kein Recht auf die Benützung des Weihers, somit auch keinen Anspruch auf Entschädigung wegen entgangener Benützung desselben habe.

Gegen dieses Erkenntniß appellirte die Widerklägerin; ihre Berufung in der Vorklage wurde aber ohne Verhandlung durch Erkenntniß des Obertribunals vom 26. Februar 1835 wegen Mangels einer Beschwerde in der Art verworfen, daß sie mit ihrer Widerklage blos zur Zeit abzuweisen sey.

Die Entscheidungsgründe enthalten darüber folgendes:

In der Widerklage fehlt es an einer gegründeten Beschwerde wenigstens insofern, als die Appellantin jedenfalls zur Zeit mit derselben abgewiesen werden mußte; denn so lang nicht entschieden ist, ob der Verkauf des Weihers an den Kläger wieder aufzuheben und das Kaufsobjekt der Beklagten zurückzugeben sey, kann auch von der Schadenersatzverbindlichkeit des Appellaten nicht die Rede seyn, indem erst alsdann die Frage aufgeworfen werden kann, ob der Käufer dem Verlangen der Verkäuferin, ihr das Verkaufsobjekt zurückzugeben oder wenigstens dessen Benützung zu gestatten, stattzugeben verbunden gewesen wäre. Da nun die Appellantin eine Klage auf Aufhebung des Kaufs bis jetzt nicht angebracht hat, so konnte auch eine Schadenersatzklage noch nicht angestellt und mußte daher die Widerklägerin zur Zeit damit abgewiesen werden. Nur konnte dieser Abweisung nicht die Wirkung beigelegt werden, als ob dadurch der Schadenersatz-Anspruch der Widerklägerin materiell aberkannt wäre; vielmehr muß es ihr, da über das Materielle dieses Anspruchs noch gar nicht erkannt werden konnte, immer noch freistehen, mit einer auf Aufhebung des Kaufvertrags gerichteten Klage auch wieder Schadenersatz-Ansprüche zu verbinden.

(Hiebei vermißt man nur eine Rechtfertigung dieser Entscheidung in der Richtung, weßhalb ohne Gehör des Appellaten das ihm günstigere Urtheil des Gerichtshofes habe abgeändert werden können.)

c) Verwerfung eines von dem vorigen Richter aus materiellen Gründen abgeschlagenen Restitutionsgesuchs oder

Digitized by Google

Rechtsmittels als formell unbegründet, beziehungsweise als unstatthaft.

Am 16. April 1844 erkannte das Obertribunal in Sachen O. gegen R. ohne Verhandlung, daß das von dem Gerichtshofe wegen mangelnder materieller Beschwerde abgeschlagene Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufung wider das erstrichterliche Urtheil als formell unbegründet abzuschlagen sey.

In Sachen F. gegen L. wurde durch Urtheil vom 16. Januar 1850 die Oberberufung, wegen Versäumung der zweiten Appellationsnothfrist in voriger Instanz, als nicht anher erwachsen zurückgewiesen.

Gründe: Der Gerichtshof hat, statt die gegen das erstrichterliche Urtheil eingewandte Berufung für verlassen zu erklären, in der Hauptsache erkannt. Da jedoch in Folge des Versäumnisses der zweiten Berufungsnothschrift in voriger Instanz, von deren Wahrung die Zuständigkeit des höhern Richters abhängt, das erstrichterliche Urtheil rechtskräftig geworden, somit der Gerichtshof nicht befugt war, eine materielle Entscheidung in der Sache auszusprechen, da ferner die dem öffentlichen Recht angehörigen Bestimmungen über die Nothfristen der Berufung selbst von Amtswegen zu beachten sind, und dem Verzicht der Parteien nicht unterliegen, so ist das Obertribunal nicht in der Lage, die Beschwerde des Klägers einer materiellen Würdigung zu unterwerfen, vielmehr war dessen Berufung als nicht anher erwachsen zurückzuweisen.

Ebenso wurde am 27. August 1852 in Sachen O. gegen O'sche Gläubiger die Oberberufung gegen das materielle Urtheil des Gerichtshofs wegen Versäumung der Nothfrist zu Einführung der Berufung gegen das erstrichterliche Lokationsurtheil und wegen mangelnder formeller Begründung des Restitutionsgesuchs gegen diese Versäumung als unstatthaft verworfen.

d) Wenn der vorige Richter über eine prozessualisch unzulässige Klage eine materielle Entscheidung erlassen hat.

Hieher gehört das in der Monatschrift XV. S. 188—204,

Digitized by Google

auch in Hufnagel's Mittheil. II. S. 275 ꝛc. angeführte kassatorische Erkenntniß des Obertribunals vom 12. Dezember 1843 in Sachen K. gegen R., Nichtigkeit einer Bürgschaft betreffend.

Ebenso wurden in Sachen S. gegen R., in welcher die vorigen Richter über eine unstatthafte Klage materiell erkannt hatten, die Erkenntnisse derselben durch Urtheil vom 1. Juni 1855 aufgehoben *) und der Kläger mit seiner Klage als unstatthaft abgewiesen, und zwar, wie in den Entscheidungsgründen bemerkt wurde, ohne eine Vernehmung des Beklagten über die klägerische Beschwerdeschrift und ohne den Kläger über die Adhäsion der Beklagten zu hören, weil es sich nicht von einer dem Antrag der einen oder andern Partei entsprechenden materiellen Abänderung der vorigen Urtheile handelte, vielmehr die Klage aus prozessualischen Gründen zurückzuweisen war, ohne daß hierauf das Vorbringen der Parteien irgend von Einfluß seyn könne.

Auch hat das Obertribunal in Sachen von St. gegen H., Lehenkonsenstaxen betreffend, in welcher der Richter erster Instanz den Kläger mit seinen Ansprüchen als unbegründet abgewiesen hatte, durch Ordination vom 16. Juli 1847 unter Aufhebung dieses Erkenntnisses ausgesprochen, daß die Klage als unbrauchbar zurückzuweisen sey, weil man gar nicht wisse, worauf die Klage eigentlich gegründet werden wollte, der Richter aber, bevor er eine Klage abweise, über die thatsächliche und rechtliche Grundlage derselben genügend aufgeklärt seyn müsse.

e) Wenn eine Klage von dem vorigen Richter mit Unrecht als zu früh angebracht zurückgewiesen worden.

*) Eine Kassation scheint mir in solchen Fällen nicht begründet zu seyn. Hat der Unterrichter auf eine unzulässige Klage hin den Beklagten verurtheilt, so ändert der Ationsrichter dieses beschwerende Urtheil ab, und weist die Klage als unstatthaft ab. Bestand der Fehler des Unterrichters nur darin daß er die unzulässige Klage für statthaft erachtend sie als materiell unbegründet abwies, so erkennt der Ationsrichter, indem er die Beschwerde des Klägers verwirft, daß die Klage als unstatthaft abzuweisen sey. H.

Digitized by Google

Der Müller S. zu S. im Sigmaringen'schen hatte gegen die Wiesenbesitzer zu Fr., welche durch Ausübung eines Wässerungsrechts ihn im Betrieb seiner Mühle störten, Klage erhoben, womit er von dem Richter erster Instanz als zur Zeit noch nicht erwachsen zurückgewiesen wurde. Die hiewider erhobene Nichtigkeits- und Appellationsbeschwerde wurde von dem fürstlichen Hofgerichte zu S. als unbegründet verworfen. Das fürstliche Oberappellationsgericht aber erachtete den Kläger für beschwert, da die Kollisionen zwischen den Parteien über das Wässerungsrecht sich jeden Augenblick erneuern können, hob durch Ordination vom 12. April 1844 (ohne Verhandlung) die vorigen Erkenntnisse auf und wies den Richter erster Instanz an, über den klägerischen Anspruch sofort ordnungsmäßig zu verhandeln und zu entscheiden.

f) Wenn eine Partei mit ihrem Anspruch „wegen mangelnder (aktiver oder passiver) Sachlegitimation" abgewiesen wurde und der höhere Richter die Legitimation für hergestellt erachtet.

Hinsichtlich der Fragen, ob die sogenannte Legitimation zur Sache einen Theil des Klagegrundes oder einen von diesem trennbaren Präjudizialpunkt bilde? ob der richterliche Ausspruch, die Klage werde wegen mangelnder Sachlegitimation der klägerischen, oder der beklagten Partei abgewiesen, die Natur eines der Rechtskraft fähigen Erkenntnisses, welches nur durch ein eigentliches Rechtsmittel anzufechten sey, oder einer mittelst Beschwerdeführung angreifbaren prozeßleitenden Verfügung habe? und ob im erstern Falle bei einer abweichenden Beurtheilung des Legitimationspunkts von Seite des Oberrichters dieser über den Anspruch selbst zu entscheiden oder die Sache an den Unterrichter zur (etwaigen weitern Verhandlung und) Entscheidung zurückzuweisen habe? hat die Praxis des Obertribunals in früherer Zeit geschwankt.

In Sachen der Gemeinde Z. gegen H. W., Herausgabe eines Grundstücks betreffend, hatte das Gericht erster Instanz nach gepflogener Verhandlung am 7. September 1823 erkannt, daß die Klage der Gemeinde Z. wegen Mangels der Aktiv-

Digitized by Google

legitimation zur Sache unter Verfällung der Klägerin in die Kosten und Sporteln abzuweisen sey. Das Obertribunal, an welches von der Klägerin nur ein Gesuch um Aufhebung des Sportelansatzes gebracht worden, entsprach diesem Gesuche mittelst Dekrets vom 21. Juni 1830 aus dem (sehr problematischen) Grunde, weil jene Verfügung des Gerichtshofs nicht unter den Begriff eines Erkenntnisses falle, wodurch das materielle Recht zwischen zwei Parteien auf definitive Weise normirt werde, sondern blos als eine Verfügung zu betrachten sey, wodurch nach Vorschrift des §. 86 des vierten Ediktes und §. 2 u. 5 der provisorischen Verordnung vom 22. September 1819 ein dem ordentlichen Rechtsgang im Wege stehender Mangel, welcher hier die Frage betreffe, ob die wahren Interessenten bei dem Streite vorhanden seyen, beseitigt und ein geordnetes Verfahren vorbereitet (?) werden soll, und gleich Anfangs eine Zurechtweisung, wie aus dem vierten Edikt sich ergebe, am rechten Ort gewesen wäre.

Die Gemeinde S. trat gegen den Grafen v. M. mit einer Entschädigungsklage wegen Wildschadens auf, womit sie aber von dem Richter erster Instanz durch Beschluß vom 17. Dezember 1831 wegen mangelnder Sachlegitimation (weil nicht die Gemeinde, sondern nur die Eigenthümer der beschädigten Grundstücke eine Schadensersatzforderung geltend machen könnten) abgewiesen wurde. Die Gemeinde wandte sich nun mit einer Beschwerde an das Obertribunal. Dieses stimmte zwar dem Gerichtshof insoferne bei, als der Grund der Klage unmittelbar in der den einzelnen Bürgern zugefügten Beschädigung liege. Sofern aber die Klage auf einen Vertrag zwischen der Gemeinde und dem Beklagten, wodurch dieser sich zum Ersatz des Wildschadens in der Gemeindemarkung überhaupt verpflichtet habe, gegründet werde, stehe der Gemeinde selbst aus diesem Vertrage ein Klagerecht zu, gegen welches der Beklagte aus dem Interesse Dritter, nämlich der einzelnen Beschädigten, keine Einrede für sich ableiten könne. Was aber der angebliche Vertrag in dieser Beziehung enthalte, sey noch nicht erhoben, da er nicht vorliege, und die Parteien über

Digitized by Google

dessen Inhalt nicht einig seyen. Die dießfallsigen Erörterungen gehören jedoch zur materiellen Beurtheilung, weßhalb durch Ordination vom 12. März 1832 dem Gerichtshof, unter Aufhebung seines Beschlusses, die Einleitung der weitern gesetzmäßigen Verhandlung der Sache aufgegeben wurde. (In diesem Falle wurde die Legitimation zum Prozesse mit der Legitimation zur Sache verwechselt, da auch bei dem Vertrage, sofern es sich nicht von Grundeigenthum der Gemeindekorporation selbst handelte, der Gemeinderath doch wohl nur im Interesse und als Vertreter der Güterbesitzer gehandelt hatte.)

In Sachen der L. G'schen Landschaftskasse gegen den Fürsten von H. B., Rückerstattung von Dienstgeldern betreffend, hatte der Richter erster Instanz erkannt, daß die Landschaftskasse die Forderung einzuklagen nicht berechtigt sey, indem er davon ausging, daß nur denjenigen Angehörigen dieser Landschaft, welche in die Kasse Zahlungen geleistet hatten, damit das dem Beklagten angeblich indebite Geleistete bezahlt werden konnte, ein Klagerecht zustehe. Das Obertribunal, an welches Berufung ergriffen wurde (ob diese nicht als bloser Rekurs anzunehmen sey, darüber waren die Ansichten getheilt), hielt die (damals noch bestehende) Landschaftskasse für klageberechtigt, indem erst dann, wenn Beklagter zur Rückerstattung des Empfangenen für verbunden erkannt sey, die Frage entstehe, nach welchem Verhältniß der Ueberschuß der Kasse an die einzelnen vormaligen Kontribuenten zu dieser Kasse zu vertheilen sey. Daher wurde durch Ordination vom 10. Dezember 1827 das vorige Erkenntniß aufgehoben, die Klägerin als zu Anstellung der Klage berechtigt erklärt und dem Gerichtshof das Weitere zu verfügen überlassen. *)

*) Hier scheint in beiden Instanzen eine Verwechslung der Legitimation zur Prozeßführung mit der s. g. Legitimation zur Sache, d. h. mit der Frage, wem das Rückforderungsrecht zustehe? stattgefunden zu haben. Die „Landschaftskasse" war kein Rechtssubjekt, konnte also auch nicht ein Klagerecht haben; der Kassier verwaltete nur das betr. Vermögen der

Dagegen wurde in Sachen A. gegen die gräfl. v. B'sche Debitmasse das Erkenntniß des Gerichts erster Instanz, welches die Liquidantin als nicht zur Sache legitimirt abwies, auf ergriffene Berufung durch Erkenntniß vom 6. November 1829 abgeändert und der Gerichtshof angewiesen, über die Liquidität und Priorität der appellantischen Forderung zu erkennen.

In Sachen des Grafen v. Sch. gegen die gräfl. E. W. R'sche Debitmasse, Novalzehnten betreffend, hatte das Gericht erster Instanz die Klage gleichfalls wegen mangelnder Sachlegitimation abgewiesen. Das Obertribunal, an welches die Sache im Wege der Berufung gelangte, nahm diese als statthaft und die Sachlegitimation als berichtigt an, wies aber dießmal die Sache nicht an den Gerichtshof zurück, sondern fällte nach längerer Verhandlung am 29. Oktober 1836 ein das angefochtene Erkenntniß aus „materiellen" Gründen bestätigendes Urtheil.

In der wieder als Rekurs angenommenen Appellationssache M. und Genossen gegen den Fürsten v. T. wegen Laubrechens, in welcher der Gerichtshof die Kläger als nicht zur Sache legitimirt abgewiesen hatte, weil nur die Gemeinde klagen könne, wurde aber das erstrichterliche Erkenntniß durch Ordination vom 18. September 1838 aufgehoben und die Sache zur materiellen Entscheidung an den vorigen Richter zurückgewiesen.

Ebenso hatte in der Klagesache der K. bayerischen Regierung von Mittelfranken gegen den Freiherrn v. H. das

---

Korporation, d. h. der zu der Landschaft vereinigten Gemeinden. Diese Korporation war es also, welcher der Anspruch zustand, und welche solchen durch das Organ ihrer Vertreter gerichtlich geltend zu machen hatte. Die Vertreter konnten den Prozeß selbst führen, oder einem Andern, etwa dem Landschaftskassier eine Prozeßvollmacht ertheilen. Wie die im Prozeß erstrittene Summe unter die einzelnen Gemeinden, beziehungsweise deren Mitglieder zu vertheilen sey, dieß berührte den Rechtsstreit zwischen der Landschaft und dem Bekl. nicht.

H.

Digitized by Google

Gericht erster Instanz die Klägerin wegen mangelnden Beweises des Uebergangs der Forderung auf sie abgewiesen. Auf erhobene Berufung erkannte das Obertribunal den Nachweis für geführt und gab durch Ordination vom 8. Dezember 1840 die Sache zur materiellen Entscheidung zurück.

Kurz zuvor hatte sich in Sachen G. gegen die K. Staatskasse die von dem Gerichtshof wegen mangelnder Sachlegitimation zurückgewiesene Klägerin mit einer Rekursbeschwerde an das Obertribunal gewendet, dieses aber unterm 1. Dezember 1840 die Beschwerde als unstatthaft zurückgewiesen, weil der Richter erster Instanz die Klägerin nicht etwa blos vorläufig mit ihrem Anspruch zurückgewiesen, sondern definitiv ausgesprochen habe, daß der Klägerin kein Klagerecht gegen die Beklagte zustehe, ein solches die Materie des Streits betreffende Erkenntniß aber nur durch ein eigentliches Rechtsmittel angefochten werden könne.

Zu einer ausführlichen Erörterung der oben aufgeworfenen Fragen in einer Plenarversammlung gab die durch oberstrichterliches Erkenntniß vom 26. September 1846 erledigte Appellationssache der Gemeinde U.-Gr. gegen die Standesherrschaft T., Zurückforderung einer Nichtschuld betreffend, Veranlassung. Das Nähere über diesen Rechtsfall, sowie die bei der Berathung geäußerten Ansichten finden sich in der Monatschrift Band XVI., Seite 1 ꝛc., 15 ꝛc., worauf ich hinzuweisen mir gestatte.

Das Obertribunal ist den damals festgestellten Grundsätzen, daß die sog. Legitimation zur Sache einen Theil des Klagegrundes bilde, daß gegen ein Erkenntniß, welches einen Anspruch wegen mangelnder Sachlegitimation auf Seite des Klägers oder des Beklagten abweist, als gegen eine der Rechtskraft fähige Entscheidung, nur ein eigentliches Rechtsmittel stattfinde, und daß im Fall einer abweichenden Ansicht des Oberrichters über den sog. Legitimationspunkt eine Zurückweisung der Sache an den vorigen Richter unstatthaft sey, vielmehr der erstere selbst ein definitives Erkenntniß zu fällen habe, seitdem ununterbrochen treu geblieben.

Digitized by Google

Vergl. die Erkenntniſſe vom 11. Januar 1848 in Sachen W. gegen v. G.
" " " " 19. Juni 1852 in Sachen v. L. gegen H. J. u. Genoſſen (Seuffert Archiv VI. Nr. 100).
" " " " 3. Auguſt 1853 in Sachen H. gegen die E. V. Kommiſſion.

Auch als in Sachen der Pfarrei A. gegen den F. von W. W., Baulaſt betreffend, die Statthaftigkeit einer Zurückweiſung nochmals einen Vertheidiger fand, beharrte der Civilſenat des Obertribunals durch Plenarbeſchluß vom 23. Nov. 1853 auf dem früheren Präjudize; doch hielt die Mehrheit dafür, daß auf den Antrag der Parteien eine Zurückweiſung an den Unterrichter ſtattfinden könne, wenn die Verhältniſſe des einzelnen Falles dieß räthlich erſcheinen laſſen. Ein ſolcher Fall iſt bisher nicht vorgekommen.

II. Aufhebung oder Kaſſation.

1) Wegen Mängel in der Perſon der Richter.

Hier kommen vorzüglich die Fälle in Betracht, wenn in einer Privatrechtsſache nicht das wirklich zuſtändige Gericht oder in einer Verwaltungsjuſtizſache ein Civilgericht ein materielles Erkenntniß ausgeſprochen hat.

In Sachen D. gegen V. wurde unterm 7. Januar 1853 die Klägerin mit ihrem unſtatthafter Weiſe erſt in der zweiten Inſtanz geltend gemachten eventuellen Anſpruch auf Erſatz des von ihr zu Unterſtützung der B...ſchen Familie gemachten Aufwandes ꝛc. unter Aufhebung der dieſen Anſpruch als unbegründet abweiſenden Entſcheidung des Gerichtshofes, von der Gerichtsſtelle zurückgewieſen.

In der am 26. November 1842 erledigten Appellationsſache T. gegen A., in welcher der Gerichtshof einen erſt in zweiter Inſtanz kumulirten Anſpruch des Klägers materiell gewürdigt hatte, erkannte das Obertribunal, daß der Kläger mit dieſem Anſpruche an den Richter erſter Inſtanz zu verweiſen ſey, und bemerkte in den Entſcheidungsgründen: auch der Gerichtshof hätte dieſe unſtatthafter Weiſe erſt in zweiter

Digitized by Google

Instanz erhobene Klage einer Prüfung nicht unterwerfen sollen; indessen habe er nicht darüber entschieden, weil sein Erkenntniß nichts davon enthalte, blos durch die Entscheidungsgründe aber Etwas weder zu- noch abgesprochen werden könne. (Dieser Satz ist nicht so unbedingt richtig. Vergl. die Entscheidung vom 7. April 1852 in Seuffert's Archiv V. Nr. 236.)

Der Fall einer Kassation ist auch dann gegeben, wenn der höhere Richter über einen nicht an ihn erwachsenen Streitpunkt materiell entscheidet. So hatte ein Gerichtshof in der B...schen Gantsache über die nicht angefochtene Lokation eines Gläubigers mit erkannt, obwohl nur gegen das einigen andern Gläubigern von dem Gantgericht eingeräumte Vorzugsrecht die Berufung ergriffen war. Das Obertribunal nahm jedoch bei seiner Entscheidung vom 18. September 1826 von einer Aufhebung jenes nichtigen Theils des gantrichterlichen Urtheils deßhalb Umgang, weil durch dasselbe das rechtskräftig gewordene Urtheil erster Instanz bestätigt worden war, und bemerkte nur in den Entscheidungsgründen, daß, was den angefochtenen Vorzug jenes Gläubigers betreffe, das erstrichterliche Urtheil in Rechtskraft übergegangen sey.

Häufiger sind die Fälle, in welchen der Grund der Aufhebung materieller Erkenntnisse in der Unzuständigkeit der ordentlichen Civilgerichte liegt.

In der Klagesache der Gemeinde E. gegen die Finanzkammer in U. hatte der Gerichtshof die Klägerin mit ihrem unbegründeten Anspruch auf Zuerkennung der Strafbefugniß über die in den waidepflichtigen Waldungen vorgefallenen Waid- und Forsterzesse, und auf willkührliche Ausübung des Waiderechtes ohne Beachtung der Forstgesetze, abgewiesen. Das Obertribunal hob unterm 1. April 1837 dieses Erkenntniß wegen Unzuständigkeit der Civilgerichte auf.

Die gleiche Entscheidung erging in der (Hechinger) Appellationssache St. gegen H. am 22. November 1844, in welcher die vorigen Richter die Beklagten zu Abreichung von Meßnergaben verurtheilt hatten.

Ferner in dem in Seuffert's Archiv VII. Nr. 357 ange-

Digitized by Google

führten Falle, und mittelst Ordination vom 7. Dezember 1847 in Sachen der Gemeinde L. gegen v. B., Anspruch auf die Surrogatrechte der Ortspolizei zu L. betreffend, worüber die beiden vorigen Richter materiell erkannt hatten.

2) Wegen Mängel in der Person der Parteien.

In einem das Eigenthum einer Ehefrau betreffenden Rechtsstreite hatte in den beiden Vorinstanzen der Ehemann allein ohne Vollmacht gehandelt und die an den Gerichtshof ergriffene Berufung desert werden lassen; ein Restitutionsgesuch gegen diese Versäumung wurde von dem Gerichtshof als formell und materiell unbegründet abgeschlagen. Auf die eingewandte Oberberufung hob das Obertribunal unterm 13. Juni 1837 die vorigen Urtheile im Ordinationswege wegen mangelnder Vertretung der Ehefrau auf.

Ebenso wurden in Sachen D. gegen B. die Verhandlungen und Erkenntnisse der beiden vordern Instanzen am 11. April 1845 aufgehoben, weil Namens mehrerer Gläubiger ein Anwalt ohne Vollmacht gehandelt hatte.

Im Namen der Gemeinde R. war der Gemeinderath gegen den dortigen Einwohner B. mit einer Negatorienklage aufgetreten, mittelst welcher der Anspruch des Letztern auf Theilnahme an den Brennholznutzungen eines Waldes bestritten wurde. Das Gericht erster Instanz erkannte die Klage für unbegründet und verurtheilte demzufolge die Kläger, dem Beklagten so viel Brennholz als jedem andern Bürger von R. abzureichen. Der Gemeinderath appellirte und trat nun als Vertreter der Realberechtigten zu R. auf. Der Gerichtshof erkannte auf Abweisung der Klage wegen mangelnder Sachlegitimation, und hob die weitere Bestimmung über Abreichung des Bürgerholzes an den Beklagten wegen Unzuständigkeit der Civilgerichte auf. Auf die von der Klägerin ergriffene Oberberufung kassirte das Obertribunal den ersten Theil des zweitrichterlichen Erkenntnisses, weil hiedurch, anerkannten Prozeßgrundsätzen zuwider, in zweiter Instanz über einen Streit zwischen andern Parteien, als den in erster Instanz aufgetretenen, entschieden worden sey. Entsch. vom 31. Dez. 1844.

Digitized by Google

Durch ein Urtheil des Gerichtshofes in E. wurde die beklagte Partei, eine Mutter und die von ihr im Rechtsstreite vertretenen Kinder, zu Abtretung eines ihnen gemeinschaftlich gehörigen Grundstücks an den Kläger verurtheilt. Das Obertribunal, davon ausgehend, daß die Mutter weder als Nutznießerin des Vermögens ihrer Kinder (vergl. Landrecht Th. I. Tit. 16, §. aber die ꝛc.), noch als vermuthete Sachwalterin (vergl. Landrecht a. a. O., §. ein Vater ꝛc.) die Kinder in einem Rechtsstreit über deren Vermögen zu vertreten befugt sey, hob jenes Urtheil mittelst Ordination auf, weil es sich von einem untheilbaren Streitgegenstand handelte, mithin dasselbe nicht einmal hinsichtlich des ideellen Antheils der Mutter hätte vollzogen werden können. Entscheidung vom 11. Januar 1845 in Sachen R. gegen S.

3) Wegen wesentlicher Mängel des Verfahrens.

Auf die von einem Gantgläubiger gegen einige andere Gantgläubiger ergriffene Oberberufung wurde durch Ordination vom 22. November 1831 das ganze oberamtsgerichtliche Verfahren, soweit es sich auf die Forderungen der streitenden Theile bezog, wegen gänzlicher Mangelhaftigkeit desselben, nebst dem darauf gebauten Urtheil des Gerichtshofes von Amtswegen als nichtig aufgehoben, und das Oberamtsgericht angewiesen, über jene Forderungen in Absicht auf deren Liquidität und Priorität ein ganz neues Verfahren zwischen den Parteien einzuleiten.

In Sachen K. gegen A., Ersatzforderung für hinterlegte Waaren betreffend, hatte der Beklagte in erster Instanz den thatsächlichen Klagegrund (die Hinterlegung) eingeräumt und nur die Einrede der Zahlung vorgeschützt, bezüglich welcher ihm in dem Urtheil des Bezirksgerichts der Erfüllungseid auferlegt wurde. Der Gerichtshof erkannte in Folge der Berufung des Klägers abändernd und verurtheilte den Beklagten unbedingt zur Zahlung einer Summe von 232 fl. Nun ergriff der Beklagte die Oberberufung und zog jetzt erst den Klagegrund selbst in Widerspruch. Das Obertribunal leitete Verhandlung ein und da es der Ansicht war, daß es der Klage selbst noch an einer näheren thatsächlichen Begründung (über

Digitized by Google

die näheren Umstände, den Gegenstand, die Zeit der angeblichen Hinterlegung, die in Natur zurückempfangenen Waaren ꝛc.) gebreche, und ein ordnungsmäßiges Verfahren hierüber einzuleiten sey, so wurden durch eine „in möglichst schonender Form" erlassene Ordination vom 19. Merz 1830 die vorigen Erkenntnisse aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an den Richter erster Instanz zurückgewiesen. Die schonende Rücksicht, welche hier den vorigen Richtern zu Theil wurde, deutet wohl darauf hin, daß die Wendung, welche die Sache in dritter Instanz genommen, keinen genügenden Grund für die Zurückweisung derselben an das Untergericht abgebe.

In Sachen S. gegen die E. V. C. wurde das von dem Beklagten angefochtene Urtheil des Gerichtshofs vom 24. Juli 1849 als nichtig aufgehoben, weil dasselbe ohne rechtliches Gehör des Beklagten gefällt worden.

Auf eine von dem Kläger in Sachen B. gegen S. gegen das abweisende erstrichterliche Urtheil ergriffene Nichtigkeitsklage und Berufung ließ der Gerichtshof, statt eine schriftliche Vernehmlassung des Beklagten einzufordern, diesen durch das Bezirksgericht mündlich zu Protokoll vernehmen, was unvollständig vollzogen wurde, indem der Beklagte blos erklärte, er glaube nicht, daß das Urtheil nichtig oder für den Kläger beschwerend sey. Hierauf fällte der Gerichtshof ein abänderndes, den Beklagten verurtheilendes Erkenntniß. Dieses Erkenntniß wurde auf die Oberberufung des Beklagten wegen mangelnden genügenden Gehörs des Beklagten, als gegen eine bestimmte und wesentliche Prozeßvorschrift (§. 5, Nr. 3 und §. 15 der prov. Verordnung vom 22. September 1819) verstoßend, als nichtig aufgehoben und die Sache zu ordnungsmäßiger Verhandlung und Entscheidung zurückgewiesen. (Ordination vom 9. Mai 1855.)

4) Wegen Mängel des Urtheils.

a) Unvollständigkeit der Entscheidung.

Ein Bezirksgericht hatte die Klage eines Mädchens gegen den väterlichen Großvater ihres unehelichen Kindes auf Reichung

von Alimenten durch Urtheil als unbegründet abgewiesen, weil der Beklagte gesetzlich nicht verpflichtet sey, seinen unehelichen Enkel zu alimentiren. Das Gericht zweiter Instanz war der entgegengesetzten Ansicht und erkannte, daß die Klage anzunehmen und von dem Gericht erster Instanz weiter darüber zu verhandeln und zu entscheiden sey. Dieses Urtheil wurde von dem Obertribunal in Erwägung, daß der Gerichtshof, gegen die Vorschrift des §. 20 der provis. Verordnung vom 22. September 1819, blos über einen Rechtssatz, von welchem der Richter erster Instanz bei seiner Entscheidung ausgegangen war, und nicht über das ganze materielle Rechtsverhältniß der Parteien erkannt habe, daß ferner die Zurückweisung der Sache an den Unterrichter, dessen materielle Entscheidung auf der Annahme einer Rechtsthesis beruhe, worüber derselbe schon genugsam sich ausgesprochen habe, ihm mithin eine andere rechtliche Ansicht nicht aufgedrungen werden könne, ein neues vergebliches Verfahren herbeiführen würde — aufgehoben und der Gerichtshof angewiesen, das in dieser Sache etwa noch erforderliche Verfahren selbst einzuleiten und sofort in der Hauptsache zu entscheiden. Ordination vom 26. November 1823 in Sachen W. gegen W.

Auf dem nämlichen Grunde beruhen die Ordinationen vom 1. Oktober 1824 in Sachen K. gegen M. und vom 6. Oktober 1837 in Sachen A. gegen A.

Ferner gehört hieher die Ordination vom 9. Juni 1846 in dem in Seuffert's Archiv IV. Nr. 270 angeführten Falle.

Sind in einem durch Eid bedingten Urtheil die Folgen der Leistung oder Verweigerung des Eides nicht ausgedrückt (vergl. l. 11 C. de sent. (7, 45) §. 147 des 4. Ediktes vom 31. Dezember 1818), so wird dasselbe durch Ordination aufgehoben. Vergl. die Entscheidung vom 18. April 1838, 25. Juni 1844 und 3. November 1848.

b) Entscheidung über einen dem richterlichen Urtheil nicht unterstellten Streitpunkt.

In Sachen C. gegen W. wurde durch Ordination vom 21. November 1840 das Erkenntniß des Gerichtshofes insoweit

Digitized by Google

aufgehoben, als dasselbe eine Entscheidung über einen Anspruch des Klägers enthielt, worüber nach der Uebereinkunft der Parteien ein Erkenntniß nicht zu fällen war.

c) Wenn nicht über den eigentlichen Streitpunkt oder über ein anderes als das angestellte Rechtsmittel erkannt wurde.

Die Gemeinde B. hatte mittelst einer Negatorienklage gegen die f. Hofkammer zu H. auf Befreiung von gewissen Gefällleistungen geklagt; das Gericht erster Instanz aber die Beklagte im Bezug dieser Gefälle geschützt und die Klägerin zu deren Leistung, bis sie ihre Gegenbehauptungen genügend erwiesen haben werde, verurtheilt. Auf die von der Klägerin ergriffene Berufung hob das Obertribunal, nach erkannten Appellationsprozessen, in Erwägung, daß die angefochtene Entscheidung der Klagebitte nicht angemessen sey, indem die Klage den Rechtsstand betreffe, und hiermit eine Klage auf Schutz im Besitz der Freiheit oder auf Wiederherstellung eines verlorenen Besitzes nicht verbunden worden, auch die Beklagte die Klage blos als eine petitorische aufgefaßt habe, das Urtheil erster Instanz aber nur auf Schutz der Beklagten im Besitz der Gefälle erkenne — durch Ordination vom 1. Oktober 1835 dieses Urtheil mit der Weisung auf, daß der Richter erster Instanz über die von ihm als erheblich erkannten Thatumstände ein ordentliches Beweisverfahren einzuleiten und dann ein neues, über den Rechtsstand entscheidendes Urtheil auszusprechen habe.

Mittelst einer Exekutivklage klagte K. zu H. gegen St. von da eine Forderung für verkaufte Wechsel ein, welcher der Beklagte auf den Grund angeblich erlittenen wucherlichen Unrechts eine die Klagesumme übersteigende Gegenforderung entgegensetzte. Das Gericht erster Instanz verwies sofort den Kläger zu Anstellung einer förmlichen gerichtlichen Klage unter Verfällung desselben in die aufgelaufenen Kosten, und dieser Bescheid wird von dem Gericht zweiter Instanz, übrigens unter Vergleichung der Kosten beider Instanzen, bestätigt. Auf eingewandte Oberberufung, die als einfache Beschwerde ange-

Digitized by Google

nommen wurde, verfügte das fürstliche Oberappellationsgericht mittelst Ordination vom 24. November 1837, daß das Gericht erster Instanz die angefangenen Prozeßverhandlungen fortzusetzen, namentlich den Kläger zu spezieller Replik, beziehungsweise Erklärung über die von dem Beklagten behaupteten Thatsachen ꝛc. anzuhalten habe.

W. zu D. hatte gegen die Mitglieder des Waisengerichts zu G. eine Schadensersatzklage erhoben. Er gründete dieselbe auf die Behauptung vernachläßigter Beaufsichtigung seines vormaligen Pflegers und unterlassener Sorge für Stellung der Pflegrechnungen. Das Gesuch ging dahin: zu erkennen, die Beklagten seyen schuldig, Rechenschaft abzulegen und, soweit sie den unverschuldeten Verlust des Pflegvermögens nicht nachweisen, dem Kläger dasselbe nebst Zinsen zu erstatten. Der Richter erster Instanz erkannte die Beklagten für schuldig, den Schaden zu ersetzen. Der Gerichtshof dagegen erblickte in dem Klagevorbringen nicht die Subsidiarklage, sondern einen Antrag auf Rechnungsablage und Herausgabe des Pflegvermögens, indem auf Schadensersatz nicht geklagt sey. Er änderte daher ab, und wies die Klage, wie angebracht, zurück. Das Obertribunal war anderer Meinung, hob durch Ordination vom 15. Juli 1854 das Erkenntniß zweiter Instanz auf, und wies den Gerichtshof an, über die Schadensersatzansprüche des Klägers zu erkennen.

In Sachen des Müllers H. zu Unter-J., Inten, Anten, Wieder-Anten, gegen den Kunstmühlbesitzer K. zu T., Jaten, Aten, Wieder-Aten, Schutz im ausschließlichen Besitze eines Mühlkanals betreffend, hatten die Richter der beiden vordern Instanzen über den Rechtsstand, und zwar die Klage abweisend erkannt. Das Obertribunal hingegen war der Ansicht, daß nur eine Besitzklage angestellt sey, und daß von dem auf dem Gerichtsgebrauche beruhenden Grundsatze: petitorium liquidum absorbet possessorium nur dann, wenn der Int sein Eigenthumsrecht an der Sache oder der Jat das Gegentheil, nämlich daß nicht der Int, sondern er selbst Eigenthümer der Sache sey, erwiesen habe, nicht aber in einem Falle

Digitized by Google

der vorliegenden Beschaffenheit, wo nur wegen mangelnden Beweises des Eigenthums der Int mit seiner Eigenthumsklage abgewiesen werde, Anwendung zu machen sey. Durch Ordination vom 11. März 1845 wurden deßhalb die beiden vorigen Erkenntnisse mit der Weisung an den Richter erster Instanz aufgehoben, über die bei ihm angebrachte Besitzklage vollständig zu verhandeln und zu entscheiden *).

Ein Fall, in welchem der Klagantrag und der in Folge der Verhandlungen darüber zwischen den Parteien sich entwickelnde wahre Streitpunkt nicht kongruent war, lag bei der am 7. Januar 1848 erledigten Sache F. gegen M. vor. Die Klage war darauf gerichtet, daß der Beklagte für schuldig erkannt werde, einen Zuchteber für die klägerische Gemeinde zu halten. Der Beklagte anerkannte seine Verbindlichkeit, jedoch nur als eine bedingte, sofern er nämlich bloß einen Farren daneben zu halten habe, und da er gegenwärtig deren zwei halten müsse, so sey er nicht verbunden, auch einen Zuchteber zu halten. Das Gericht zweiter Instanz erkannte, ohne Rücksicht auf jene Beschränkung des Anerkenntnisses, den Beklagten für schuldig, den Eber zu halten. Da aber nach der Ansicht des Obertribunals die zu entscheidende Streitfrage nicht die war, ob der Beklagte den Zuchteber zu halten schuldig sey, sondern ob ihm diese Verbindlichkeit ohne Rücksicht auf die Zahl der Zuchtfarren obliege, indem sonst sogleich ein neuer Rechtsstreit über die Zahl der zu haltenden Farren entstehen, und dadurch der Vollzug jenes Urtheils gehemmt würde, so wurde jenes Erkenntniß durch Ordination aufgehoben und dem Gerichtshofe aufgegeben, über den zwischen den Parteien entstehenden wahren Streitpunkt zu entscheiden.

Gegen ein bezirksgerichtliches Urtheil war Appellation ergriffen worden; der Gerichtshof faßte aber dieselbe als eine Nichtigkeitsklage auf und verwarf sie, indem er die an ihn gebrachte Appellationsbeschwerde unentschieden ließ. Diese

*) Dieser Rechtsfall wird in der Zusammenstellung von Rechtsfällen über das Wasserrecht in einem späteren Hefte vollständig mitgetheilt werden.

Digitized by Google

Entscheidung wurde in Gemäßheit des Landrechts Th. 1, Tit. 56, §. 5 unterm 10. Oktober 1846 aufgehoben, mit der Weisung an den Gerichtshof, über die Appellationsbeschwerde zu erkennen.

d) Wenn der vorige Richter unstatthafter Weise Einreden zum besondern Verfahren verwiesen hat.

In der Appellationssache S. gegen S., Alimente und Vermögensverwaltung betreffend, wurde das Urtheil des Gerichtshofes, wodurch die von der beklagten Ehefrau eventuell vorgeschützten Einreden der Kompensation und der Unfähigkeit des klägerischen Ehemannes zur Vermögensverwaltung zum besondern Verfahren vor dem Richter erster Instanz verwiesen worden, mittelst Ordination vom 18. Dezember 1846 aufgehoben und dem Gerichtshof aufgegeben, über die an ihn gebrachte Berufung ihrem ganzen Umfang nach ordnungsmäßig zu entscheiden, weil die Zurückweisung jener Einreden damit, daß die Beklagte solche in erster Instanz hätte geltend machen können, nicht gerechtfertigt sey, vielmehr der klaren Vorschrift des Landrechts Th. 1, Tit. 68, §. 1 entgegenstehe, und auch Gegenforderungen im Wege der Einrede geltend gemacht werden können.

e) Wenn das Urtheil keine bestimmte Entscheidung über den Gegenstand des Streits enthält.

Die mit ihrem Manne in Ehedissidien lebende Ehefrau W. zu Hechingen erhob, nachdem die israelitische Behörde eine Scheidungsklage verworfen hatte, gegen ihren Mann Klage auf Vermögenstrennung wegen dessen verschwenderischer Lebensweise. Das Gericht erster Instanz erkannte auf Vermögensabsonderung „für unbestimmte Zeit" und das Gericht zweiter Instanz bestätigte diesen Ausspruch, jedoch bloß als Vorbereitung einer definitiven Sentenz. Das Obertribunal, die Anordnung einer Vermögensabsonderung nach der damnligen Sachlage nicht für begründet erachtend, hob die angefochtenen Erkenntnisse mittelst Ordination vom 26. Mai 1832 auf und wies das Gericht erster Instanz an, wenn die Frau auf ihrer Klage beharren sollte, zunächst die Einleitung zu treffen, daß

Digitized by Google

von der israelitischen Behörde darüber, ob nach jüdischen Ritualgesetzen eine Trennung der Gatten von Tisch und Bett zulässig und ob sie im vorliegenden Fall begründet sey, erkannt werde; hiernächst aber die bisherigen Verhandlungen in einigen (näher angegebenen) Beziehungen, namentlich wie es in der Zwischenzeit mit der Benützung des Vermögens zu halten, ob der Ehemann davon auszuschließen und von welchen Voraussetzungen die Wiederaufhebung der Vermögenstrennung abhängig seyn soll, zu ergänzen und den Rechtsstreit durch ein neues Urtheil zu entscheiden.

Die Gemeinde S. hatte in einer so betitelten Imploration gebeten, dem Beklagten Fürsten v. L. die abgesonderte Verpachtung des angeblich seinem Hofgute B. zustehenden Schafübertriebs auf ihrer Markung zu untersagen, worauf von dem Gericht erster Instanz ein diesem Antrag entsprechendes unbedingtes Mandat erlassen wurde. Die beklagte Partei erhob hierwider eine Nichtigkeitsklage und eventuelle Appellation, worauf der Gerichtshof jene verwarf, und in Folge dieser, das erstrichterliche Urtheil bestätigend, dahin erkannte: daß wenn dem Beklagten ein Schafwaiderecht zustehen sollte, er dasselbe nicht abgesondert von dem B... Hofe verpachten dürfe, sich daher künftiger Verpachtungen zu enthalten und die bereits bestehende aufzulösen habe. Das Obertribunal war der Ansicht, daß es an jeder Grundlage fehle, um über eine in der That gar nicht angebrachte negatorische Klage, welche allein von der Jantischen Gemeinde anzustellen gewesen wäre, entscheiden zu können, und daß eine Bestätigung des vorigen Erkenntnisses, abgesehen von dem kaum erwähnten prozessualischen Grunde, sowie davon, ob nicht der jetzige Ant durch dasselbe beschwert sey, deßhalb nicht zu rechtfertigen wäre, weil eine Entscheidung bloß über die Modalität eines Rechtes, dessen Existenz in Frage gestellt bleibe, unzulässig sey; eine Abänderung aber nicht erfolgen könnte, weil dieß die Existenz des Schafwaiderechts selbst, über dessen abgesonderte Verpachtung allein gestritten und erkannt worden, voraussetzen würde; gerade hierüber aber, wie in den Entscheidungs-

Digitized by Google

gründen des Gerichtshofes ausdrücklich bemerkt werde, in den vorigen Instanzen weder verhandelt noch erkannt worden sey; demnach es einem von dem obersten Gerichte zu fällenden materiellen Erkenntnisse an jeder rechtlichen Grundlage gebrechen würde. Durch Ordination vom 15. März 1844 wurden daher das Verfahren und die Erkenntnisse der vorderen Instanzen aufgehoben.

In der Prozeßsache der Gemeinde S. gegen die Finanzkammer in R. hatte der Gerichtshof erkannt: daß die Kirchenbaupflicht der Beklagten, wenn außer ihr noch ein oder mehrere gleich ihr subsidarisch Baupflichtige vorhanden seyn sollten, nur eine verhältnißmäßige sey; daß aber, wenn und solang ein solches Vorhandenseyn nicht konstatirt sey, der Beklagten die subsidiäre Baupflicht allein obliege. Der Gerichtshof glaubte nämlich über das eventuelle Vorbringen der Beklagten, daß außer ihr noch Andere konkurrenzpflichtig seyen, in dem gegenwärtigen Rechtsstreit nicht entscheiden zu können, weil an demselben die angeblichen Mitbaupflichtigen nicht Theil genommen hatten.

Das Obertribunal erachtete zwar gleichfalls eine Verurtheilung der übrigen Zehntbesitzer in diesem Prozesse, wenn sie nicht daran Theil nehmen, für unstatthaft; wohl aber müsse in demselben die Verbindlichkeit der Beklagten ihrem quotativen Betrage nach ausgemittelt werden, zu welchem Behuf die Entscheidung über die Behauptung der Beklagten, daß noch andere Pflichtige vorhanden seyen, mithin die Klägerin nicht das Ganze von ihr fordern dürfe, unumgänglich nothwendig sey, wodurch übrigens den nicht mitstreitenden Zehntbesitzern nicht präjudizirt werde. Da nun das angefochtene Erkenntniß keine vollständige Entscheidung des Rechtsstreits enthielt, indem für den Fall der Existenz mehrerer subsidiär Baupflichtigen keine vollziehbare Entscheidung gegeben worden, so wurde durch Ordination vom 17. Oktober 1843 dasselbe aufgehoben und der Gerichtshof angewiesen, diese Rechtssache durch ein der Vollziehung fähiges Erkenntniß zu erledigen, wobei der Erwägung des Gerichtshofes anheimgegeben wurde, ob nicht zu

Digitized by Google

Vermeidung eines weiteren Rechtsstreites die Theilnahme der Pfarrei S. an dem gegenwärtigen Rechtsstreit zu bewirken sey.

Vergl. ferner die Ordination vom 19. April 1842 bei Sarwey Monatschrift Bd. 16, S. 189.

f) Wenn das Urtheil mit dessen Entscheidungsgründen im Widerspruch steht.

In Sachen G. gegen St. war das erstrichterliche Urtheil, wodurch die Klage als materiell unbegründet abgewiesen wurde, von dem Gerichtshof einfach „bestätigt" worden, während aus den Entscheidungsgründen sich ergab, daß der Gerichtshof die Klage nur deßhalb abweisen wollte, weil sie von dem Kläger nicht allein, sondern nur in Gemeinschaft mit seinen Rechtsgenossen erhoben werden könne, also nur eine Abweisung der Klage, wie sie angebracht worden, beabsichtigt war. Daher wurde das zweitrichterliche Urtheil durch Ordination vom 11. März 1846 aufgehoben.

Ein Wirth klagte auf Entschädigung gegen die Finanzkammer in R. wegen Verletzung seines ausschließlichen Wirthschaftsrechts durch die von der Kreisregierung einem Andern ertheilte Wirthschaftskonzession. Das Urtheil des Gerichtshofs war ein die Klage abweisendes; da sich jedoch aus den Entscheidungsgründen ergab, daß der Gerichtshof den Anspruch nicht als materiell unbegründet, sondern nur zur Zeit abweisen und dem Kläger die Erneuerung seiner Klage für den Fall vorbehalten wollte, wenn er zuvor die Ausschließlichkeit seines Rechts mittelst eines Prozesses gegen den konzessionirten Wirth geltend gemacht habe, so wurde jenes Urtheil durch Ordination vom 17. Juli 1838 aufgehoben und der Gerichtshof angewiesen, ein neues mit den Entscheidungsgründen im Einklang stehendes Erkenntniß auszusprechen.

g) Wenn das Urtheil mit einem frühern rechtskräftigen Urtheil im Widerspruch steht.

In Sachen E. gegen W. wurde am 16. August 1830 ein Punkt des vorigen Erkenntnisses, als mit dem rechtskräftigen Urtheil von 1814 im Widerspruch stehend, aufgehoben und verfügt, daß es dießfalls lediglich bei der Vorschrift die-

Digitized by Google

ses rechtskräftigen Urtheils sein Bewenden habe, und zwar darum, weil der Gerichtshof, ohne eine Nichtigkeit zu begehen, über diesen bereits definitiv entschiedenen Punkt nicht nochmals erkennen und das, was dem Kläger bereits rechtskräftig unbedingt zuerkannt war, noch von einer Bedingung abhängig machen konnte.

5) Aufhebung von Ordinationen der Gerichtshöfe.

In der Rechtssache R. gegen M. war auf Aufhebung eines Kaufs wegen unmäßiger Verletzung geklagt und die Klage von dem Gericht erster Instanz abgewiesen worden. Mit der Beschwerde hierüber verband der Kläger Appellant einen neuen Klagegrund wegen angeblicher Nichtigkeit des Kaufs. Der Gerichtshof erklärte es für unzuläßig, in höherer Instanz statt oder neben der ursprünglichen Klage eine von dieser nach Grund und Zweck verschiedene Klage anzustellen, und verwies damit den Kläger an das Untergericht, hob aber zugleich dessen Urtheil durch Ordination auf. Das Obertribunal, an welches der Kläger die Oberberufung ergriff, fand zwar die Zurückweisung der neuen Klage gerechtfertigt, nicht aber die Aufhebung des Urtheils. Denn habe der Kläger beabsichtigt, die frühere Klage nicht weiter zu verfolgen, so sey hiermit das erstrichterliche Urtheil rechtskräftig geworden. Habe er aber die Absicht gehabt, neben dem neuen Klagegrunde die bezüglich der ursprünglichen Klage angezeigte Berufung zu verfolgen, so habe sich der Gerichtshof der Entscheidung über die letztere nicht entziehen können, und der Umstand, daß die neue Klage für die Verletzungsklage präjudiziell erscheine, ändere daran nichts, weil jene noch nicht gehörig angebracht gewesen sey und für sie auch die Verletzungsklage hätte präjudiziell werden können, indem der Kläger, wenn er durch diese seinen Zweck erreicht hätte, wohl von der neuen Klage abgestanden wäre. Jedenfalls hätte die Entscheidung über die Appellationsbeschwerde einstweilen ausgesetzt werden können, wenn für zweckmäßig gehalten worden, daß zuerst über die neue Klage entschieden werde. Mittelst Ordination vom 15. November 1832 wurde daher der Ge-

Digitized by Google

richtshof angewiesen, über die an ihn gebrachte Berufung zu entscheiden, ihm übrigens unbenommen gelassen, sein Urtheil bis zu Erledigung der bei dem Richter erster Instanz anzubringenden neuen Klage auszusetzen.

Durch rechtskräftiges Urtheil in Sachen D. gegen S. war der Beklagte für schuldig erklärt, der Losung Statt zu geben und dem Kläger die Mühle zu M. gegen Ersatz des Kaufschillings und seiner Auslagen, sowie der darauf verwendeten Baukosten zu überlassen. In dem hierüber eingeleiteten Liquidationsverfahren kamen die Parteien überein, sich dem Ausspruche von Sachverständigen unter Verzichtleistung auf alle Rechtsmittel, namentlich die Berufung, zu unterwerfen. Durch die Schätzung der Sachverständigen fand sich aber der Kläger verkürzt, und es entstand nun ein neuer Rechtsstreit, welcher durch Urtheil des Bezirksgerichts dahin erledigt wurde, daß Kläger dem Beklagten an Baukosten 752 fl. zu ersetzen habe, wobei das Gericht davon ausging, daß ein rechtsgültiges laudum vorliege. Der Gerichtshof, an welchen beide Theile appellirten, war anderer Ansicht, er erblickte in dem Ausspruche der Sachverständigen keinen Schiedsspruch, sondern ein bloses Gutachten Sachverständiger zu Herstellung eines Beweises, hob sofort das erstrichterliche Urtheil durch Ordination auf und gab die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung zurück. Auf die von dem Beklagten erhobene Beschwerde wurde diese Ordination von dem Obertribunal am 20. September 1834 im Ordinationswege aufgehoben und der Gerichtshof angewiesen, ein materielles Erkenntniß in der Sache zu fällen, das hiezu etwa erforderliche weitere Verfahren aber selbst einzuleiten, da, wenn auch die Ansicht des Richters erster Instanz, daß ein rechtsbeständiges laudum vorliege, irrig wäre, dieß, als nur eine unrichtige Beurtheilung des Rechtsgeschäfts enthaltend, keine Nichtigkeit des Urtheils begründen würde, und weil die angefochtene Ordination in die Unabhängigkeit jenes Richters eingreife, sofern ihm dadurch vorgeschrieben worden, daß er ein Beweismittel, welches er als erschöpfend und jeden weiteren Beweis

Digitized by Google

ausschließend betrachtet hatte, entweder gar nicht beachten oder darauf nicht denjenigen Werth, welchen er ihm beilegen zu müssen glaubte, legen solle; da vielmehr der Gerichtshof, wenn er die Ansicht des Oberamtsgerichts nicht theilte und die Einleitung eines weiteren Beweisverfahrens für nöthig hielt, dieses in Gemäßheit des §. 20 der provisorischen Verordnung vom 22. September 1819 selbst hätte einleiten sollen, und da endlich, wenn gleich der Gerichtshof über die Ungültigkeit des schiedsrichterlichen Spruchs sich bereits ausgesprochen, er dennoch darüber, wiefern der klägerische Anspruch an sich als begründet zu betrachten sey, noch nicht erkannt habe, somit noch kein das Materielle des Rechtsstreites erschöpfendes Erkenntniß des Gerichtshofes vorliege.

Ein von einem Bezirksgericht in Sachen R. gegen M. gefälltes Ungehorsamsurtheil war von dem Gerichtshofe deßhalb als nichtig aufgehoben worden, weil nach §. 26 der Justiznovelle vom 15. Sept. 1822 der Rechtsnachtheil „nicht blos der Partei selbst, sondern auch ihrem Bevollmächtigten" angedroht seyn müsse. Das Obertribunal erachtete es zwar für zweifelhaft, ob die hierwider ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde als solche gegründet sey, hob jedoch die kassatorische Verfügung des Gerichtshofes durch Ordination vom 25. Sept. 1838 deßhalb auf, weil dieselbe gegen eine die Form des Verfahrens betreffende Vorschrift verstoße, indem nach der Entstehungsgeschichte des §. 26 als wesentlich nur die Androhung des Rechtsnachtheils an die Partei selbst zu betrachten sey und bei Prozeßvorschriften es nicht darauf, ob der Richter sie blos unrichtig ausgelegt oder ob er wirklich nichtig geurtheilt habe, sondern lediglich darauf ankomme, wie das Gesetz nach der Absicht des Gesetzgebers wirklich zu erklären sey.

Die Hofgutsbesitzer zu N. erhoben gegen den Bürger S. von da Klage darauf, daß ihnen das ausschließliche Nutzungsrecht in den Gemeindewaldungen zustehe. Das Bezirksgericht wies diese Klage durch förmliches Erkenntniß ab, weil sie nicht gegen einen einzelnen Bürger, sondern nur gegen

Digitized by Google

die Gemeinde gerichtet werden könne. Der Gerichtshof war abweichender Meinung und wies, unter Aufhebung des angefochtenen Urtheils, das Untergericht zur materiellen Entscheidung an. Auf Beschwerde des Beklagten hob aber das Obertribunal diese Verfügung mittelst Ordination vom 26. September 1839 mit der Weisung auf, daß der Gerichtshof über die an ihn gebrachte Berufung zu erkennen habe. Nach dem §. 86 des vierten Edikts könne zwar der Richter den Kläger durch vorläufiges Dekret abweisen, wenn er glaube, daß nicht die wahren Interessenten aufgetreten seyen, er sey aber nicht gehindert, den Kläger durch förmliches Erkenntniß abzuweisen, wenn dieser seine Klage bestimmt gegen den bezeichneten Beklagten richte und der Richter der Ansicht sey, daß der Anspruch nicht gegen *diesen* Beklagten verfolgt werden könne. Die Sachlegitimation des Beklagten falle hier mit der Hauptsache zusammen. Erachte der höhere Richter den Kläger durch dieses Erkenntniß beschwert, so habe er dieser Beschwerde durch ein *abänderndes* Erkenntniß abzuhelfen und bedürfe es vor dessen Ausspruche weiterer Verhandlungen, so seyen diese von ihm selbst einzuleiten; als nichtig erscheine aber das erstrichterliche Urtheil nicht und es dürfe dem Unterrichter nicht ein Erkenntniß aufgedrungen werden, welches gegen dessen Ueberzeugung von der Prämisse auszugehen hätte, daß der Beklagte die rechte Partei sey, hierin würde eine Verletzung der Unabhängigkeit der Gerichte liegen, welche auch der Unterrichter gegenüber dem Oberrichter anzusprechen habe, so lange nicht durch rechtskräftiges Urtheil formelles Recht bewirkt sey.

Vergl. auch Sarwey, Monatschrift, Bd. 16, S. 103.

Ein Bezirksgericht hatte in Sachen A. gegen St. den Beklagten auf den Grund einer von Amtswegen ergänzten Einrede von der Klage entbunden, weil es annahm, daß die in einem Vertrage dem Kläger zu gerichtlicher Verfolgung seiner Darlehensforderung „bei Verlust seines Anspruchs" anberaumte Frist als eine vertragsmäßig festgesetzte zu betrachten sey und weil die gerichtliche Klage nicht binnen dieser

Digitized by Google

Frist erhoben worden war. Der Gerichtshof hob dieses Urtheil mittelst Ordination auf und wies das Oberamtsgericht zu Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache an. Von dem Obertribunal zur Erläuterung über den Sinn dieser Ordination aufgefordert, gab der Gerichtshof diese dahin, daß er beabsichtigt habe, die von dem Untergericht für zuläßig erkannte „Einrede des geendigten Rechtsstreits" als nicht begründet zu verwerfen, somit über diese Einrede zu entscheiden, und gemäß dem §. 20 Nr. 1 der provisorischen Verordnung vom 22. September 1819 die weitere Verhandlung der Hauptsache an den Richter erster Instanz zurückzuweisen. Das Obertribunal hob durch Beschluß vom 21. Juli 1841 diese Ordination auf und wies den Gerichtshof an, nach Einleitung der etwa weiter erforderlichen Verhandlung ein das Streitverhältniß umfassendes materielles Urtheil zu fällen. Denn in dem vorliegenden Fall sey nicht davon die Rede, daß der jetzt erhobene Rechtsstreit schon früher durch Vergleich, Verzicht oder rechtskräftiges Urtheil beigelegt worden sey, vielmehr stelle sich die von dem Bezirksgericht suppeditirte Einrede als eine gemeine zerstörliche dar. Habe der Gerichtshof diese Einrede, auf deren Grund hin der Richter erster Instanz den Rechtsstreit definitiv erledigt habe, für nicht begründet erachtet, so hätte er über diese Einrede nicht allein erkennen, und die Sache zu nochmaliger Verhandlung und Entscheidung zurückweisen, sondern das von ihm für nothwendig erachtete weitere Verfahren selbst einleiten und bis zur Entscheidung forsetzen sollen.

In Sachen L. gegen H. Ö. hatte die klägerische Partei im Lauf der Verhandlungen erster Instanz bestimmt erklärt, daß sie ihren Klagantrag wegen Handlohnsentrichtung darauf beschränke, und nur hierüber zunächst eine richterliche Entscheidung erwarte, ob der Handlohn aus dem Kaufschilling (statt wie der Beklagte behauptete, aus dem geringeren wahren Werthe des Gutes) zu entrichten sey. Nachdem der Kläger vergeblich auf das Unangemessene dieses Antrags anfmerksam gemacht worden war, erkannte das Oberamtsgericht, daß

der Handlohn nicht aus dem Kaufschilling zu entrichten sey. Dieses Urtheil hob der Gerichtshof wegen Unvollständigkeit auf, weil nicht bestimmt sey, was denn der Beklagte zu leisten habe. Auf Beschwerde des Beklagten setzte das Obertribunal diese Ordination unterm 29. März 1845 außer Wirkung, da ungeachtet der Bestimmungen des 4. Edikts §. 66 II. und §. 86 vorletzter Absatz ein Kläger nicht gegen seinen bestimmt erklärten Willen angehalten werden könne, seinem Anspruch, den er nur in einer gewissen Richtung (vorerst) verfolgen wolle, eine weitere Ausdehnung zu geben, mithin dem Richter, wenn er den Kläger vergeblich zu einer umfassenderen, das ganze Streitverhältniß erschöpfenden Geltendmachung seines Anspruchs zu veranlassen gesucht habe, nichts übrig bleibe, als über die Klage in der Richtung, wie sie angebracht worden, zu erkennen. Demgemäß wurde der Gerichtshof angewiesen, ein materielles Erkenntniß in der Sache zu fällen.

In der Sache v. O. gegen H., Lehensabgaben in der Vor- und Beholzungsrecht in der Widerklage betreffend, hatte das Bezirksgericht unter einstweiliger Aussetzung einiger Streitpunkte erkannt, daß Widerbeklagter gegen Entrichtung des in der Vorklage geforderten Lehenzinses schuldig sey, dem Widerkläger, ohne Rücksicht auf den Ertrag der sogenannten Lehenholzmarken, seinen erweislichen Bedarf an Bauholz und das zu seiner Haushaltung benöthigte Brennholz, jedoch nicht mehr, als die vom Widerkläger selbst geforderten 12 Klafter tannenen Scheiterholzes, aus den gutsherrlichen Waldungen für die Vergangenheit von 1845 an und für die Zukunft zu verabfolgen. Dieses Urtheil wurde vom Gerichtshof mittelst Ordination aufgehoben und das Oberamtsgericht angewiesen, den vorliegenden Streit vollständig bis zum Schluß zu verhandeln und sodann ein die sämmtlichen Ansprüche des Widerklägers umfassendes, bestimmtes, den Streit definitiv entscheidendes Erkenntniß zu fällen. Das Obertribunal erachtete diese Aufhebung für ganz unmotivirt und die angeordnete Zurückweisung der Sache an den Richter erster Instanz Behufs der Nachholung seiner Entscheidung über die vorläufig ausgesetzten

Digitized by Google

Streitpunkte unter den obwaltenden Umständen für nicht gerechtfertigt; namentlich hätte, was die von dem Gerichtshof vermißte Entscheidung darüber betreffe, ob der Beklagte den vom Kläger geforderten Lehenzins sofort oder erst dann zu entrichten habe, wenn der Widerbeklagte ihm das gebührende Quantum an Bau- und Brennholz reiche, die bezüglich dieses Retentionsanspruchs des Klägers vermißte Bestimmtheit des erstrichterlichen Erkenntnisses den Gerichtshof nur etwa zu Anordnung einer Erläuterung, nicht aber zur Zurückweisung der ganzen Sache veranlassen können. Daher wurde durch Beschluß vom 30. März 1849 die Ordination des Gerichtshofs mit der Verordnung aufgehoben, daß derselbe diese Rechtssache, soweit sie durch die Berufung des Klägers an ihn gebracht worden, rechtlicher Ordnung nach durch materielles Erkenntniß zu entscheiden habe.

C. Rechtsmittel gegen Ordinationen.

In früherer Zeit hat das Obertribunal die Anfechtung von Ordinationen mittelst einfacher Beschwerde (Rekurs) zugelassen, z. B. in der Sache K. gegen H. K., Sterbfall betreffend, in welcher das Gericht erster Instanz in seinem Urtheil nicht die Summe der Sterbfalls-Abgabe ausgedrückt, sondern nur ausgesprochen hatte, daß der Kläger nur berechtigt sey, den Sterbfall auf den Grund einer gemeinderäthlichen Schätzung zu berechnen, daher mit seinem Anspruch auf Berechnung des Sterbfalls aus dem Verkaufs-Erlöse abzuweisen sey, dieses Urtheil aber von dem Gerichtshof wegen Unvollständigkeit aufgehoben und der Rechtsstreit zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Bezirksgericht zurückgewiesen worden war. Der Rekurs wurde, obwohl man es für sehr problematisch erklärte, ob der Gerichtshof hinreichende Gründe zu jener Ordination gehabt habe, durch Beschluß vom 15. Juni 1833 hauptsächlich deßhalb verworfen, „weil den Beschwerdeführern durch die Ordination kein wesentlicher materieller Nachtheil zugefügt werden könne, und die angeordnete weitere Verhandlung jedenfalls den Vortheil gewähre, daß künftig in den höhern Instanzen das Verfahren vereinfacht werde."

Digitized by Google

Ebenso wurde in Sachen W. gegen H. ein Rekurs gegen die von dem Gerichtshof verfügte Kassation der unförmlichen Eröffnung des erstrichterlichen Urtheils durch Beschluß vom 20. Dezember 1825 als unbegründet verworfen.

Auch die oben B. II. zu Nr. 5 angeführte, mittelst Berufung an das Obertribunal gelangte Sache R. gegen M. wurde blos als Beschwerde gegen eine prozeßleitende Verfügung angenommen, weil der Gerichtshof über die Materie des Streits noch nicht entschieden habe (Rekurs-Entscheidung vom 15. November 1832).

In der oben B. II. zu Nr. 5 angeführten Beschwerdesache S. gegen D. wurde bezüglich der Statthaftigkeit des erhobenen Rekurses in Erwägung gezogen, daß zwar gegen die Ordination des Gerichtshofes, wodurch das erstrichterliche Urtheil nicht aus blos formellen Gründen als nichtig aufgehoben, sondern wodurch zugleich ausgesprochen worden, daß der schiedsrichterliche Spruch als solcher nicht zu Recht bestehe, als gegen ein in die Materie des Rechtsstreits eingreifendes Erkenntniß, wenn es nicht in Rechtskraft übergehen sollte, die Appellation um so gewisser hätte eingewendet werden sollen, als selbst rein kassatorische Erkenntnisse geeignet seyen, rechtskräftig zu werden. Da jedoch der Gerichtshof seine Verfügung nicht in Form eines Erkenntnisses erlassen habe, und dadurch die Partei in die Meinung versetzt worden seyn könne, daß es der Ergreifung eines förmlichen Rechtsmittels dagegen nicht bedürfe, so liege hinreichender Grund vor, den Beschwerdeführer gegen die unterlassene Appellations-Anmeldung brevi manu (d. h. ungebeten) zu restituiren.

In der Rekurssache C. gegen v. G. wurde die kassatorische Verfügung des Gerichtshofs durch Ordination vom 28. Februar 1835 als unbegründet aufgehoben und der Gerichtshof angewiesen, die an ihn gebrachte Appellation zu erledigen.

In Sachen H. gegen W. hatte der Gerichtshof auf Antrag der appellantischen Partei das erstrichterliche Urtheil und das ihm vorangegangene Verfahren als unförmlich mittelst

Digitized by Google

Ordination aufgehoben. Hierwider ergriff die Gegenpartei Rekurs an das Obertribunal, welches am 5. Mai 1838 beschloß, solchen als statthaft anzunehmen, weil der Zweck der Ordination nur auf die Einleitung eines gesetzmäßigen Verfahrens gerichtet, sie also nicht geeignet gewesen sey, die Rechtskraft zu beschreiten.

Bei eigentlich „kassatorischen Erkenntnissen" machte jedoch das Obertribunal schon früher eine Ausnahme, und gestattete deren Anfechtung nur mittelst förmlichen Rechtsmittels, vergl. Bolley jurist. Aufsätze S. 444. Note 13.

In Sachen S. gegen H. wurde das erstrichterliche Urtheil von dem Gerichtshof mittelst Ordination aufgehoben und das Oberamtsgericht zur ordnungsmäßigen Verhandlung der Sache angewiesen. Als hiegegen der Kläger an das Obertribunal den Rekurs ergriff, so wurde ihm am 21. Oktober 1834 zu erkennen gegeben, daß man in dieser Sache nichts zu verfügen wisse, da ein kassatorisches Erkenntniß, wie dasjenige des Gerichtshofs, im Wege des Rekurses nicht angefochten werden könne, eine Nichtigkeitsklage gegen dieses Erkenntniß aber weder angestellt sey, noch auch wohl habe angestellt werden können, und von einer Appellation schon wegen der Geringfügigkeit des Gegenstands nicht die Rede seyn könne.

Als in Sachen U. gegen E. von dem Kläger mittelst einfacher Beschwerde der Antrag gestellt wurde: die Urtheile der beiden vorigen Richter wegen mangelnder Sachlegitimation „mittelst Ordination" als nichtig zu kassiren, erfolgte am 14. Januar 1842 ein zurückweisender Bescheid, der im Wesentlichen so motivirt wurde: Nach der gestellten Bitte könnte man annehmen, es habe eine Nichtigkeitsklage, welche übrigens schwerlich zu begründen gewesen wäre, angestellt werden wollen. Da aber der Kläger bestimmt erklärt habe, daß er sich keines andern Rechtsmittels, als der Bitte um eine Ordination bedienen wolle (?), Ordinationen jedoch keine für sich bestehende Rechtsmittel seyen, sondern darunter die Verfügungen selbst verstanden werden, welche der Oberrichter unter gewissen Voraussetzungen in Rechtsstreitigkeiten erlasse, welche mittelst

Digitized by Google

eigentlichen Rechtsmittels an ihn gebracht worden seyen, und im vorliegenden Fall der Kläger ein solches nicht ergriffen habe, so werde er mit seinem ganz unpassenden Gesuch abgewiesen.

Klarer und bestimmter lautet der Bescheid vom 3. Januar 1843, wodurch in Sachen v. Sch. gegen T. der gegen eine Ordination ergriffene Rekurs zurückgewiesen wurde, dahin: daß die Ordination des Gerichtshofs, durch welche das erstrichterliche Urtheil als nichtig aufgehoben worden, nicht durch eine einfache Beschwerde, sondern nur durch ein eigentliches Rechtsmittel angefochten werden könne; daher in dieser Beziehung dem Rekurrenten das Weitere überlassen werde.

In neuerer Zeit hat aber das Obertribunal, ohne Unterscheidung zwischen kassatorischen Erkenntnissen und solchen Ordinationen, in welchen die Aufhebung eines Erkenntnisses nicht auf Nichtigkeitsgründen beruht, stets gleichförmig an dem Grundsatze festgehalten, daß gegen eine Ordination, wodurch ein Erkenntniß aufgehoben wird, nicht eine einfache Beschwerde, sondern nur ein eigentliches Rechtsmittel Statt finde, weil durch jede Aufhebung eines richterlichen Erkenntnisses die der siegenden Partei darin zugesprochenen Rechte ihr wieder entzogen werden, vergl. die Entscheidungen des Obertribunals

vom	30.	Juni	1846	in	Sachen	B. gegen W.
„	19.	Sept.	1846	„	„	A. „ M.
„	18.	Nov.	1846	„	„	K. „ B.
„	3.	April	1847	„	„	St. „ Sch.
„	26.	April	1848	„	„	K. „ St.
„	18.	Juli	1848	„	„	E. „ W.
„	30.	März	1849	„	„	v. O. „ H.
„	5.	März	1850	„	„	H. „ R.
„	10.	Aug.	1853	„	„	B. „ M.
„	10.	Juli	1855	„	„	St. „ B.
„	3.	Aug.	1855	„	„	B. „ O.

In dem zuletzt angeführten Falle, in welchem der Gerichtshof, wie ich glaube, ohne genügenden Grund, das erstrichterliche Urtheil wegen Unbestimmtheit und Unvollständig-

Digitized by Google

keit aufgehoben hatte, wurde sehr bestimmt ausgesprochen, „daß eine ein unterrichterliches Erkenntniß aufhebende Verfügung des höheren Richters, möge sie als Kassation oder als Ordination bezeichnet werden, und möge das unterrichterliche Erkenntniß ein unbedingtes oder ein bedingtes seyn, nicht als ein bloß prozeßleitendes Dekret, sondern als ein wirkliches Erkenntniß zu betrachten sey, sofern dadurch Rechte, die der Partei durch das unterrichterliche Erkenntniß bedingt oder unbedingt eingeräumt waren, ihr wieder entzogen werden."

Zugleich wurde in den dazu geeigneten Fällen der Gerichtshof angewiesen, seine Ordination gemäß dem §. 12. III. der provisorischen Verordnung vom 22. September 1819 den Parteien vorschriftmäßig unter Belehrung über das Rechtsmittel der Berufung und dessen Nothfristen zu eröffnen. Vergl. die Beschlüsse vom 5. Merz 1850, 10. Juli und 3. August 1855. Doch hat das Obertribunal in der am 30. Merz 1849 erledigten Sache v. Q. gegen H., in welcher der Gerichtshof seine Ordination dem Beschwerdeführer selbst ohne Appellationsbelehrung hatte eröffnen lassen, und dieser innerhalb 15 Tagen dem Bezirksgericht seinen Entschluß, Beschwerde dagegen zu erheben, angezeigt, auch binnen 90 Tagen die Rekursschrift eingereicht hatte, von einer nochmaligen Eröffnung Umgang genommen, und Kürze halber den eingeführten Rekurs als Appellation angenommen.

In einer Sigmaringer Sache R. gegen L., Waarenforderung betreffend, hatte der Richter erster Instanz den Klagegrund als erwiesen angenommen und den Beklagten zur Zahlung der eingeklagten Summe verurtheilt, das Hofgericht zu S. aber dem Kläger Appellaten, ohne diesen zu hören, besseren Beweis auferlegt. Der Kläger ergriff die Oberberufung und beschwerte sich namentlich darüber, daß der Richter zweiter Instanz ohne vorgängige Verhandlung reformirt habe. Das Obertribunal verwarf durch Urtheil vom 23. April 1844 die Beschwerde als unbegründet, weil nach dem hier zur Anwendung kommenden gemeinen Recht eine solche Ordination in gewissen Fällen erlaubt sey.

Digitized by Google

Gegen Ordinationen des Obertribunals läßt dieses eine Vorstellung zu. So wurde in dem oben B. II. 5 angeführten Rechtsstreite L. gegen H. H. die Ordination vom 29. Merz 1845 in Folge einer Vorstellung des Klägers auf dem Grunde der erst jetzt zur Kenntniß des Obertribunals gelangten Thatsache, daß der Beklagte bei einer Verhandlung vor dem Richter erster Instanz auf die von ihm gegen die Ordination des Gerichtshofs erhobene Beschwerde verzichtet hatte, mittelst Beschlusses vom 14. April 1846 außer Wirkung gesetzt.

An die vorstehenden Mittheilungen aus der Praxis des Obertribunals knüpfe ich noch einige Betrachtungen.

Die angeführten Belege werden leicht die Ueberzeugung gewähren, daß die Ordinationen, wie sie bei den höheren Gerichten Württembergs üblich, von den Ordinationen des gemeinen deutschen Prozesses, deren Begriff, Zweck und Wirkungen oben dargelegt worden, wesentlich verschieden sind. Zwar hat auch das Obertribunal schon öfters Erkenntnisse ausgesprochen, in welchen alle Merkmale der gemeinrechtlichen Ordinationen sich vereinigen (vergl. die oben B. I. 1, 2 mitgetheilten Entscheidungen) und wenn Bolley in dem oben angeführten Aufsatze S. 442 sich nicht eines einzigen Falles erinnern will, in welchem das Obertribunal sich erlaubt hätte, auf einseitiges Vorbringen des Appellanten ein materielles Erkenntniß zum Nachtheil des Appellaten materiell abzuändern, so hat ihn hierin sein Gedächtniß getäuscht. Sonderbarer Weise wurden aber Erkenntnisse dieser Art nicht Ordinationen genannt, auch gewöhnlich nicht in die für solche in Württemberg übliche Form eines Dekrets oder Erlasses eingekleidet. Was aber diejenigen Entscheidungen betrifft, welche die württembergischen Obergerichte Ordinationen zu nennen pflegen, so ist es bei der Verschiedenartigkeit der hierunter begriffenen Fälle *) un-

*) Man sehe nur die bunte Zusammenstellung in Bolley's Entwurf zu einer Prozeßordnung, II. §. 1986.

Digitized by Google

möglich, sie unter einem bestimmten Begriffe zusammenzufassen. Wie schon

Bolley a. a. O. S. 439

bemerkt hat, und auch aus einigen der oben mitgetheilten Fälle erhellt, ist es nicht ein charakteristisches Merkmal dieser Ordinationen, wenigstens derjenigen des Obertribunals, daß sie auf die Beschwerdeschrift hin, ohne Vernehmung der Gegenpartei erlassen werden; mit der Beseitigung dieses auf geschichtlichem Grunde beruhenden Kennzeichens aber verschwindet die Unterscheidung von andern richterlichen Erkenntnissen und wird zu einem bedeutungslosen Namen.

Ein eigenthümliches Merkmal der Ordinationen haben zwar

Bolley a. a. O. S. 441

und nach ihm einige Andere,

Schütz, Civilprozeß, S. 448,

M. Pfaff in der Monatschrift V., S. 386, Note 4,

darin zu finden geglaubt, daß sie sich stets nur auf Herstellung oder Einleitung eines gesetzlichen Verfahrens beziehen. Allein hierin ist nicht eine Bestimmung des Begriffs, sondern des Zweckes der Ordinationen ausgedrückt und überdieß fehlt es derselben an der nöthigen Präzision und genauen Begränzung des Umfanges; denn bestände der Zweck der Ordinatio lediglich in der Herbeiführung eines gesetz- und ordnungsmäßigen Verfahrens, so würde man darunter nur die Abänderung solcher gesetzwidriger Verfügungen, welche sich auf die Instruktion der Sache beziehen, oder die Aufhebung von Erkenntnissen, die an wesentlichen Mängeln des Verfahrens leiden, begreifen können.

Von einem gesetzwidrigen Verfahren aber ist wohl nicht die Rede, wenn der vorige Richter mit Unrecht sich für unzuständig erklärt, oder eine Klage oder ein Rechtsmittel ohne Grund als unstatthaft zurückgewiesen hat, oder sein Erkenntniß wegen eines Mangels in der Person des Richters oder der Parteien oder in dem Inhalt der Entscheidung angefochten wird; vielmehr gehören die hier einschlagenden Fra-

Digitized by Google

gen zum (materiellen) Prozeßrechte im Gegensatze von dem ordo procedendi. Auch sind die Wirkungen der Ordinationen und die dagegen zulässigen Rechtsmittel im weitern Sinn (förmliche Rechtsmittel oder einfache Beschwerden) verschieden, je nachdem die Ordination die Natur eines Erkenntnisses oder einer blos prozeßleitenden Verfügung hat.

Gerade darin, daß hiedurch die Einsicht in das Wesen und die Wirkung der bei uns sogenannten Ordinationen getrübt und verwirrt wurde, liegt die eine der nachtheiligen Folgen, welche jene vage, willkührlicher Ausdehnung fähige Bezeichnung des Zweckes der Ordinationen gehabt hat.

Die andere liegt in dem eben hiedurch und durch unrichtige Begriffe über das Instanzenrecht begünstigten Mißbrauche der Befugniß des Oberrichters, einen Rechtsstreit zu weiterer Verhandlung und Entscheidung an das Untergericht zurückzuweisen. Während die gemeinrechtlichen Ordinationen auf die Beschleunigung der Entscheidung über ein Rechtsmittel, mit Vermeidung des Aufwands für zwecklose Verhandlungen hinzielen, haben die Ordinationen unserer Gerichte häufig die Wirkung einer Verschleppung und Vertheuerung der Justiz gehabt. Sowohl nach gemeinem, als nach dem württembergischen Prozeßrechte wird durch das Rechtsmittel der Appellation die ganze Sache, so weit das Urtheil angefochten ist, an den Oberrichter gebracht, und wenn dieser noch ein weiteres Verfahren für nothwendig erachtet, so ist solches in der höheren Instanz einzuleiten und bis zur Entscheidung fortzusetzen. c. 6. C. de appell. (7, 62) §. 157 des 4. Ediktes und §. 20 der prov. Verordnung vom 22. September 1819. Eine Ausnahme von dieser Regel gestattet das Gesetz nur in den beiden in §. 20 unter Ziffer 1 und 2 angeführten Fällen. Namentlich ist es ein schon in der R. K. G. O. von 1555, Theil 3, t. 34, §. 1, aufgestellter und sowohl von dem vormaligen herzoglichen Hofgericht, als von dem Oberjustizkollegium und dem Obertribunal befolgter Grundsatz, daß wenn mit der Appellation Nichtigkeitsgründe wegen unförmlichen Verfahrens geltend gemacht (vergl. Landrecht Theil I., t. 67,

Digitized by Google

§. 2, Hofgerichtsordnung Theil III., t. 5, §. 4—7) und diese nicht stichhaltig erfunden werden, oder die gerügten Mängel des Verfahrens für die Partei nicht eine materielle, im Berufungswege nicht zu hebende Beschwerde zur Folge hatten, oder dieselben in höherer Instanz gehoben sind oder gehoben werden können, die Sache nicht zurückzuweisen, sondern von dem Oberrichter materiell zu erledigen ist.

Auch bringt es das Recht der drei Instanzen nicht mit sich, daß über jeden einzelnen Angriffs- oder Vertheidigungsgrund bezüglich eines streitig gewordenen Anspruchs in drei Instanzen entschieden werde *), denn sonst müßte es nicht blos unzulässig seyn, daß erst in den höheren Instanzen neue Einreden, Repliken ꝛc. vorgeschützt werden, sondern auch, daß der Unterrichter von mehreren Klagegründen, Einreden, Repliken ꝛc. nur einen Theil prüfe, soweit es für die von ihm zu fällende Entscheidung erforderlich ist, und dennoch ist es anerkannten Rechtens, daß er z. B. die Klage und sämmtliche Einreden, mit Ausnahme einer einzigen, ungewürdigt zu lassen befugt ist, wenn er die letztere so beschaffen findet, um auf dem Grunde derselben den Beklagten von der Klage zu entbinden, obgleich in diesem Falle dem Kläger rücksichtlich der

*) Weniger skrupulös sind in dieser Beziehung andere deutsche Obergerichte. Namentlich hat das Oberappellationsgericht zu Lübeck in einer ganzen Reihe von Fällen (zwei derselben siehe in Seuffert's Archiv I. Nr. 304, III. Nr. 231) daran festgehalten, daß nicht über jeden Punkt in erster Instanz erkannt seyn müsse, sondern daß der höhere Richter befugt und verpflichtet sey, wenn er das (die Remission der Sache an den Unterrichter aussprechende) Erkenntniß des Mittelgerichts abändere, selbst dasjenige zu erkennen, was schon von dem vorigen Richter hätte erkannt werden können und sollen, und daß dem Appellanten das hierauf zustehende Recht durch einen bloßen Widerspruch des Gegners nicht genommen werden könne. Vergl. auch die Entscheidung desselben Gerichts vom 30. April 1840; ferner die hannover'sche Prozeßordnung vom 8. November 1850, §. 422; badische Prozeßordnung vom 12. April 1851, §. 1176 bis 1178. H.

Digitized by Google

Klage, und dem Beklagten rücksichtlich aller übrigen Einreden eine Instanz verloren geht; es müßte ferner unstatthaft seyn, daß über Restitutionsgesuche wegen neuen Vorbringens derjenige Richter entscheidet, welcher zuletzt über den streitigen Punkt materiell erkannt hat.

Zu einer Zurückweisung der von dem Unterrichter definitiv entschiedenen Sache aus bloßen Gründen der Zweckmäßigkeit aber wird, wenn man überhaupt eine Befugniß des höheren Richters hiezu anerkennt, nur selten ein zureichender Grund vorliegen und in den seltensten Fällen das materielle Recht dadurch wirklich gefördert werden.

Daß die Gerichte in ihrem Streben, einen wirklich oder vermeintlich gesetzwidrig verfahrenden Unterrichter in die Schranken der Ordnung zurückzuweisen, öfters zu weit gehen, werden manche der oben mitgetheilten Fälle bestätigen; vergl. auch Volley juriſt. Aufsätze Nr. 30, Seite 451, Z. 2. Selbst wenn das unterrichterliche Urtheil seinem Inhalte nach mangelhaft erscheint, ist nicht immer dessen Aufhebung geboten. So lag z. B. in dem in der Monatschrift V. S. 373 mitgetheilten Rechtsfalle für den Gerichtshof kein Grund vor, das erstrichterliche Urtheil deßhalb aufzuheben, weil für den Fall der Leistung des Eides eine materielle Folge nicht ausgesprochen war, sondern deren Bestimmung weiterem Verfahren vorbehalten blieb. Denn dieser Eid bezog sich auf die von dem Richter erster Instanz für erheblich erachtete Behauptung des Beklagten, er habe sich nur unter einer Bedingung verbürgt. Da nun der Referent des Gerichtshofs, und wie es scheint mit ihm das Kollegium, schon bei Erlassung der Ordination der dem späteren Endurtheil wirklich zu Grund gelegten Ansicht war, daß in dem thatsächlichen Vorbringen des Beklagten eine eigentliche Bedingung nicht enthalten sey und die Erhebung des bestrittenen Thatumstands nur bezüglich der Einrede des Betrugs, auf welche der Richter erster Instanz wegen des in Mitte liegenden Verzichts des Beklagten keine Rücksicht genommen hatte, für nothwendig erachtet wurde, so war für den Gerichtshof jene Lücke des

Digitized by Google

erstrichterlichen Urtheils bedeutungslos, und konnte dem Richter erster Instanz nicht angesonnen werden, das Verfahren bezüglich einer von ihm für verzichtet erklärten Einrede zu vervollständigen; vielmehr hätte der Gerichtshof in Gemäßheit der oben angeführten Gesetze die von ihm für erforderlich erachtete Ergänzung der Verhandlung selbst einleiten sollen. Auch das ist nicht unbedingt zu billigen, daß Urtheile, deren Fassung den Entscheidungsgründen nicht entspricht, wegen dieser Nichtübereinstimmung aufgehoben werden (vergl. oben B. II. 4, lit. f). Erhellt aus den Entscheidungsgründen, wie der Unterrichter erkennen wollte, und hat er dieser seiner Absicht nur einen unpassenden Ausdruck gegeben, so ist der Oberrichter gewiß nicht gehindert, die Worte des Urtheils in demjenigen Sinne aufzufassen, der aus den beigefügten Gründen sich ergibt. Noch weniger ist es zu rechtfertigen, daß, was häufig geschieht, bezirksgerichtliche Urtheile wegen theilweiser Unvollständigkeit derselben, ihrem ganzen Inhalt nach, mithin auch in denjenigen Punkten, die keiner Vervollständigung bedürfen, selbst dann aufgehoben werden, wenn ohne eine Beseitigung des ganzen Urtheils die Ergänzung eines einzelnen Punktes füglich nachgeholt werden kann. Hiedurch werden die Rechte der siegenden Partei ohne allen Grund gefährdet, weil nach Aufhebung des Erkenntnisses der Unterrichter nicht gehindert ist, auch in denjenigen Punkten, in welchen sein Urtheil nicht zu ergänzen war, eine entgegengesetzte Entscheidung zu fällen. Am wenigsten kann es entschuldigt werden, wenn, was bei einem gewissen Gerichtshofe einst an der Tagesordnung war, der vorschriftwidrig vorgenommene Akt der Erkenntniß-Eröffnung als nichtig aufgehoben wird, nachdem, dieses Fehlers ungeachtet, die Berufung gehörig angemeldet und auch die zweite Nothfrist durch Einreichung der Beschwerdeschrift gewahrt worden.*)

*) Erst noch am 27. Februar 1854 wurde von einem andern Gerichtshofe in Sachen O. gegen B. der Akt der Erkenntniß-Eröffnung, obgleich die Nothfristen gewahrt waren, deßhalb als

Jede Aufhebung eines Erkenntnisses, geschehe sie in Form eines kassatorischen Urtheils oder einer, wenn auch „in möglichst schonender Form" erlassenen Ordination, enthält ihrem Wesen nach eine Vernichtung des Erkenntnisses. Daraus folgt, daß sie, sey es von Richteramtswegen oder auf Antrag einer Partei, nur bei dem Vorhandenseyn eines wirklichen Nichtigkeitsgrundes beschlossen werden sollte, und daß jede aufhebende Ordination, da hiergegen nur eigentliche Rechtsmittel zulässig sind, wie ein anderes der Rechtskraft fähiges Erkenntniß, den Parteien vorschriftmäßig zu eröffnen ist.

Die Frage endlich: ob der Antrag einer Partei auf Erlassung einer Ordination Statt finde? würde ich, als eine müßig scheinende, nicht berühren, wenn nicht der oben (Seite 102) erwähnte Bescheid des Obertribunals vom 14. Januar 1842 in Sachen U. gegen E. sie verneint hätte, „weil Ordinationen keine für sich bestehende Rechtsmittel seyen." Dieß ist an sich ebenso richtig, als daß die Abänderung oder Kassation eines Erkenntnisses gleichfalls nicht das Rechtsmittel selbst (Appellation oder Nichtigkeitsklage), sondern die durch dasselbe veranlaßte richterliche Entscheidung enthält. So wenig aber die Zulässigkeit des Antrags auf Kassation eines Erkenntnisses von dem Obertribunal je bezweifelt worden ist (vergl. Monatschrift Band XIX. S. 30), so wenig ist ein Grund denkbar, warum nicht unter den geeigneten Voraussetzungen einer Partei gestattet seyn soll, den Antrag auf Erlassung einer Ordination zu stellen. Hiermit ist nicht zu verwechseln die weitere Frage: ob dieser Antrag mittelst einfacher Beschwerde oder aber eines förmlichen Rechtsmittels gestellt werden dürfe? deren Beantwortung von dem Inhalte der angefochtenen Verfügung oder Entscheidung abhängt. War die in dem erwähnten Spezialfalle erhobene Beschwerde nicht eine Nichtigkeitsklage, so konnte sie wohl nur

---

nichtig aufgehoben, weil das Bezirksgericht die Parteien nicht zur mündlichen Eröffnung geladen, sondern in der Unterstellung, sie würden doch nicht erscheinen, ihnen sofort Abschriften des Erkenntnisses zugefertigt hatte. H.

als Rekurs aufgefaßt werden, und dieser hätte als unstatthaft verworfen werden sollen, weil die vorigen Erkenntnisse, ihrem Inhalte nach, nicht im außergerichtlichen Wege, sondern nur mittelst eines eigentlichen Rechtsmittels anzufechten waren.

---

2) Ueber einige wechselrechtliche Fragen.

I. Ueber den Einfluß des Konkurses auf Wechselverjährung.

II. Ueber Wiederanfang und Dauer der unterbrochenen Wechselverjährung.

III. Ueber Wechselzahlung.

(Von Herrn Rechtskonsulent Schott in Stuttgart.)

I. Ueber den Einfluß des Konkurses auf Wechselverjährung.

In Band XIX. S. 71 bis 89 der Monatschrift wurde darzuthun versucht, daß die Eröffnung des Konkursverfahrens wider den Wechselschuldner die Verjährung des Wechsels weder unterbreche, noch sistire, so daß nicht einmal der Anmeldung des Wechsels bei der Schuldenliquidation irgend ein Einfluß auf die Wechselverjährung zukomme. Inzwischen hat unser höchster Gerichtshof sich in einem Spezialfalle dahin ausgesprochen, daß wenigstens die Anmeldung bei der Schuldenliquidation des Gemeinschuldners die Verjährung des Wechsels diesem Gemeinschuldner gegenüber allerdings unterbreche. In den Entscheidungsgründen des k. Obertribunals zu seinem Erkenntnisse vom 14. März 1855 in Sachen P. R. und N. gegen N. M. u. Comp. heißt es in dieser Beziehung: „Wenn man auch zugeben will, daß der bloße Ausbruch des Gantes diese Wirkung (nämlich der Verjährung zu begegnen) nicht habe, so muß doch der Lauf der Verjährung durch die Einklagung des Wechsels bei dem Gantgericht und die Einleitung einer Verhandlung darüber unterbrochen werden, indem der Art. 80 der Wechselordnung bestimmt, daß die Wechselverjährung durch

Digitized by Google

Behändigung der Klage unterbrochen werde. Daß das gantgerichtliche Liquidationsverfahren ein blos außergerichtliches Verfahren und deßhalb den Lauf der Verjährung zu unterbrechen nicht geeignet sey, läßt sich mit Grund nicht behaupten, indem, wie die tägliche Erfahrung lehrt, auch streitige Forderungen Gegenstand der gantgerichtlichen Verhandlung und Entscheidung sind, eben daraus aber folgt, daß das gantgerichtliche Verfahren kein blos außergerichtliches Verfahren ist, während das Gegentheil keineswegs daraus abgeleitet werden kann, daß nicht alle im Gantverfahren zur Sprache kommende Forderungen streitige sind. Ebenso wenig läßt sich behaupten, daß die Liquidation eines Wechsels im Gante nicht als eine den Lauf der Verjährung zu unterbrechen geeignete Klage betrachtet werden könne. Denn hiezu gehört weiter nichts, als daß der Wechselgläubiger den Wechselschuldner vor dem zuständigen Gericht auf den Grund der Wechselverschreibung auf Bezahlung in Anspruch nimmt. Als zuständig aber muß das Gantgericht deßwegen betrachtet werden, weil der Konkurs die Wirkung hat, daß alle Klagen gegen den Gemeinschuldner vor dem Konkursgericht geltend gemacht werden müssen."

Es mag dahingestellt bleiben, ob hiedurch die in Band XIX. S. 76—78 angeführten Bedenken ihre volle Erledigung finden, inwieferne namentlich die Annahme des Obertribunals, daß der Konkurs auch die Wechselklage angehe, sich vereinigen läßt mit dem Satze, daß Klagen, welche ein forum privilegiatum ratione causae haben, vom Konkurs nicht angezogen werden,

Bayer, Konkursproz., IV. Aufl. §. 34 S. 95.

und mit der entsprechenden Praxis des Obertribunals, Wechselklagen wider den Gemeinschuldner auch nach Ausbruch des Gantes anzunehmen und dem Gemeinschuldner zu behändigen. Jedenfalls wird die Veröffentlichung jener Thesis des Obertribunals von praktischem Interesse seyn. Ueberdieß enthält sie keine Neuerung; vielmehr findet man bei

Püttmann, Grundsätze des Wechselrechts, §. 150,

daß schon der Leipziger Schöppenstuhl in gleicher Weise erkannt hat.

Digitized by Google

II. Ueber Wiederanfang und Dauer der unterbrochenen Wechsel-Verjährung.

Die Verjährung eines Wechsels wird nach Art. 80 der Wechselordnung durch Behändigung der Klage oder Streitverkündigung unterbrochen. Wann aber diese unterbrochene Verjährung wiederum zu laufen beginne, darüber schweigt die Wechselordnung, nicht minder darüber, in welcher Zeit sich die neu beginnende Verjährung vollende.

Die Leipziger Wechselkonferenzprotokolle besagen in Nr. XXXIV. (vom 8. Dezember 1847) folgendes:

„Beim §. 81 stellte der Hr. Referent, Namens der Redaktionskommission, zur Erwägung, ob nicht etwa der früher beschlossene Zusatz über den Wiederbeginn der Verjährung, wenn die Klage zurückgenommen worden, wieder aufgegeben werden könne, weil sich nicht wohl festsetzen läßt, wann die Verjährung bei der Streitverkündigung von neuem zu laufen beginnen solle, und eine Vorschrift hierüber doch nicht fehlen dürfe, wenn man eine Vorschrift über den Wiederanfang der Verjährung in jenem anderen Fall treffe. Auch ohne den fraglichen Zusatz fehle die nöthige Hilfe nicht; jedenfalls liege sie in der provocatio ad agendum und nach einigen Prozeßgesetzen sey sie auch schon ohne dieses Auskunftsmittel gegeben. Hr. Vicepräsident, Dr. Einert, wünschte zu größerer Sicherheit der Betheiligten einen Zusatz, etwa am Ende des Paragraphen, dahin: „„und beginnt dann eine Verjährung von gleicher Dauer““. Es erklärten sich jedoch nur drei Stimmen dafür.“

Dieß ist Alles, was Einsender in jenen Protokollen bezüglich der vorliegenden Frage gefunden hat. Nach dem „früher beschlossenen Zusatz über den Wiederbeginn der Verjährung“ hat er in den Protokollen so vergeblich gesucht, als nach einer vorangehenden Erörterung. Auch läßt obige Protokollstelle es zweifelhaft, ob der Antrag der Redaktionskommission, den auf den Wiederbeginn der Verjährung bezüglichen Zusatz fallen zu lassen, angenommen wurde; doch ergibt dieser

Digitized by Google

Beschluß sich daraus, daß §. 81, jetzt §. 80 des Gesetzes, einen derartigen Zusatz nicht enthält. Demnach ist, wie auch

Brauer, die deutsche Wechselordnung, Anm. 3 zu §. 80,

anerkennt, eine besondere Bestimmung über den Wiederanfang der unterbrochenen Verjährung nicht für nothwendig erachtet worden und ist man hierin an die allgemeinen Rechtsgrundsätze gewiesen. Welches sind diese?

Nach gemeinem Rechte verjährt eine liegen gebliebene Klage erst in vierzig Jahren.

l. 9. Cod. de praescr. 30 annor. (7, 39).
l. 1 §. 1 Cod. de annal. exc. (7, 40).

Das württ. Landr. Thl. I. Tit. 25, §. „Und hat die" ändert hieran nur so viel, daß nicht schon die Ladung, sondern die Kriegsbefestigung das Klagerecht perpetuiren soll, während die Mittheilung der Klage allerdings die Verjährung unterbricht, aber nur in der Weise, daß vom Zeitpunkte dieser Mittheilung an die der Klage ursprünglich gesetzte Verjährungsfrist auf's Neue zu laufen beginnt.

Wächter, Handbuch des württ. Privatrechts, Thl. II., S. 530, und Erörterungen Heft III., S. 98.

Dieser Unterschied kann bei Wechselklagen eben so praktisch, als auffallend wirken. Wird z. B. die gegen den Aussteller erhobene Wechselklage demselben innerhalb drei Monate nach Verfall nur behändigt, so verjährt sie binnen drei Monaten vom Tage dieser Behändigung an; wurde hingegen während der ursprünglichen Frist von drei Monaten auch der Streit befestigt, so bleibt der Wechsel noch vierzig Jahre lang giltig! Man möchte einzuwenden versucht seyn, die Wechselordnung kenne nun einmal blos die Unterbrechung durch Behändigung der Klage, nicht aber die durch Streitbefestigung; es könne deßhalb auch nur eine solche Folge eintreten, welche sich an die Unterbrechung durch Klagebehändigung knüpfe, also Wiederanfang der ursprünglichen Verjährungsfrist. Allein wenn schon nach der Wechselordnung, welche hierin mit dem gemeinen Rechte

Wächter, Erörter. a. a. O. S. 89—96.

Digitized by Google

übereinstimmt, die Verjährung durch Klagebehändigung unterbrochen wird, so ist doch hiemit die gesetzliche Folge noch nicht aufgehoben, welche die, obwohl auf einem Mißverständnisse römischer Rechtsquellen beruhende landrechtliche Vorschrift nun einmal nicht jenem Akte der Klagebehändigung, sondern einem anderen, durch die Klagezustellung freilich bedingten Prozeßabschnitte beilegt. Die Bestimmung des Aktes, durch welchen die Verjährung unterbrochen werde, ist ganz verschieden von der Bestimmung, daß der Hinzutritt einer gewissen weiteren Prozeßhandlung die durch jenen ersten Akt bereits unterbrochene Verjährung in eine vierzigjährige verwandle.

Vergl. Wächter a. a. O. S. 98.

Unser Landrecht bestimmt hinsichtlich der Unterbrechung nichts, kann also hierin nicht mit der Wechselordnung in Widerspruch gerathen: umgekehrt aber bestimmt die Wechselordnung nichts über den Wiederanfang und die Dauer einer unterbrochenen Verjährung, eben so wenig über die Perpetuirung einer unterbrochenen und dann kontestirten Klage: hierin blieb also die landrechtliche Bestimmung ihrerseits unverändert. Da neue Gesetze in demjenigen Sinne auszulegen sind, welcher das bestehende Recht am wenigsten ändert, und da namentlich die Aufhebung einer älteren Regel nicht von selbst auch die unter der Herrschaft dieser Regel bestandenen Ausnahmen und Besonderheiten aufhebt,

Thibaut, Abhandlungen, S. 109, 115,
Savigny, System, Bd. I., S. 265,

so wird der landrechtliche Unterschied zwischen Unterbrechung der Verjährung und zwischen der durch Streitbefestigung erfolgenden s. g. Perpetuation einer Klage noch heutzutag anzuerkennen und erst einem besonderen Gesetze es vorbehalten seyn, jenen für den heutigen Rechtsverkehr allerdings störenden alten Mauerrest abzubrechen.

Die Vorsicht gebietet also in dem Falle, wenn man gegenüber einem zahlungsunfähig oder doch schwierig gewordenen Schuldner die Wechselkraft erhalten will, sich mit der bloßen Behändigung der Klage nur dann zu begnügen,

Digitized by Google

wenn die Schuldenliquidationstagfahrt unzweifelhaft noch innerhalb derjenigen Frist stattfindet, binnen deren die durch Klagebehändigung unterbrochene Verjährung sich vollenden würde. Zum Beispiel: Ein Indossant, an welchen der Inhaber einer am 1. Juli verfallenen Tratte Mangel Zahlung rechtzeitig seinen Regreß nahm, bezahlte am 6. Juli und nimmt nun seinerseits den Aussteller in Anspruch, wobei ihm nach Art. 79 der Wechselordnung eine dreimonatliche, am 6. Oktober sich vollendende Verjährungsfrist läuft. Die Klage des Indossanten wird dem Aussteller am 4. Oktober behändigt, die Verjährung hiedurch unterbrochen und nun erst binnen drei Monate vom Tag der Behändigung an, also am 4. Januar beendigt. Findet nun die Schuldenliquidation im Gante des Ausstellers erst am 5. Januar statt, so kann nur mit einem verjährten Wechsel liquidirt werden. Um dieser Verjährung zu begegnen, erübrigt dem Wechselinhaber nichts, als noch vor Ablauf der Verjährungsfrist eine Kontestation durch den Schuldner, eventuell durch den Güterpfleger desselben und so die Perpetuirung des Klagerechtes zu veranlassen: eine Maßregel, welche da, wo gemeines Recht in diesem Punkte gilt, allerdings überflüssig ist, weil hier schon die Behändigung der Klage dieselbe perpetuirt.

Zu berühren sind noch die Fälle des gerichtlichen Urtheils und des gerichtlichen Geständnisses.

Die allgemeine Bestimmung, daß ein gerichtliches Urtheil in dreißig Jahren von Beschreitung der Rechtskraft an verjähre,

> Savigny a. a. O. S. 324,
> Wächter, Handb. Bd. II. S. 557,
> und Erört. Heft III. S. 50,

wird, da Gegentheiliges nirgends erklärt ist, ihre Anwendung auch auf Wechselerkenntnisse finden, wenn schon auch hier eine Abkürzung der Verjährungsfrist im Wege der Gesetzgebung wünschenswerth ist, wie es durch Art. 8 des Gesetzes vom 6. Mai 1852 in Bezug auf eine Reihe anderer Forderungs-

Digitized by Google

rechte geschah. Nicht minder werden von der Unterbrechung des auf einem Richterspruch beruhenden Klagrechtes ganz die allgemeinen Grundsätze gelten.

Etwas schwieriger ist die Frage, nach welchen Grundsätzen die Verjährung sich richtet, wenn der Schuldner der Wechselklage stattgegeben hat? So viel ist freilich außer Zweifel, daß hier mindestens die ursprüngliche Verjährungsfrist wieder vom Tag der Klagebehändigung zu laufen anfängt. Aber tritt die vom Landrechte an die Streitbefestigung geknüpfte Perpetuirung des Klagrechtes hinzu? Von Demjenigen, der in allen Beziehungen nachgibt, wäre es eigentlich ungereimt, zu behaupten, er habe den Streit befestigt, d. h. dem Kläger den Krieg erklärt,

Bayer, Vorträge, 8. Aufl., §. 182, S. 585, §. 184, S. 589,

es wird deßhalb gemeinrechtlich in einem solchen Falle auch nicht vom Eintritte einer Folge der Streitbefestigung, von der Perpetuirung die Rede seyn können.

Ob die römische Vorschrift, daß confessus in jure pro judicato zu halten sey,

l. 1 D. de confess. (42, 2)
l. un. Cod. ib. (7, 59)

heutzutage die Aufnahme des Geständnisses in ein richterliches Urtheil überflüssig mache, vielmehr sofort zum Anrufen der Exekution berechtige, scheint gemeinrechtlich nicht ganz ausgemacht,

Savigny a. a. O. Bd. VII. S. 6. 44. 46.
Monatschr. Bd. VI. S 379—381.
Linde, Lehrb. des Civilproz. §. 256. Note 18.
Seuffert, Arch. Bd. II. Nr. 351.

Was Württemberg betrifft, so geht unser Landrecht in Thl. I. Tit. 25 §. „Wann nuhn" und Tit. 33 §. 1. davon aus, daß, wenn der Klage stattgegeben wurde, dem Kläger nur noch die Bitte erübrige, der Richter solle den Beklagten „zur Bezahlung oder Leistung der begehrten Sachen anhalten", und es „solle dafür gehalten werden, als ob gegen ihme rechtlich

Digitized by Google

erkannt wäre; ihme auch durch unsre Gerichte dem Kläger solche bekannte Schuld zu entrichten auferlegt und ohne sondere bewegende Ursachen hiezu nicht über vier Wochen Zihl und Frist gegeben werden."

Ein entsprechender Gerichtsgebrauch, welcher, nachdem der Klage stattgegeben wurde, die Fällung eines Urtheiles unterläßt, also die landrechtliche Vorschrift, der Geständige sey als verurtheilt zu behandeln, buchstäblich nimmt, ist bestätigt in

Hufnagel, Mittheilungen. Neue Folge S. 528.

Das Landrecht Thl. I. Tit. 33 sagt zwar im Schlußparagraphen: „Also daß auff eines jeden eigne Bekanntnuß in bürgerlichen Sachen ein Urthel ergehen soll, oder mag." Eine zwingende Vorschrift aber, unter allen Umständen auch über eine bereits durch Stattgeben erledigte Klage noch ein Urtheil zu fällen, kann in jener, ohnedieß durch den Beisatz „oder mag" auf richterliches Ermessen hinweisenden Stelle nicht gefunden werden; vielmehr erklärt sich dieselbe befriedigend daraus, daß nicht jedes Geständniß auch schon unbedingt der Klage stattgibt.

Kommt nun auch diejenige Wirkung des rechtskräftigen Erkenntnisses, welche in dem Hervorrufen einer dreißigjährigen Verjährungsfrist besteht, zur Geltung, wenn der Klage sofort stattgegeben wurde? Oder beschränkt sich die Gleichstellung des Geständigen mit dem Verurtheilten auf die Gleichheit des gegen Beide einzuhaltenden Verfahrens? Bei dem ganz allgemein gehaltenen Wortlaute wird man, vgl. Hofacker, princip. §. 226, kaum berechtigt seyn, eine einzelne Konsequenz jener Gleichstellung auszunehmen. Allerdings ist letztere in Einem Punkte durch das Exekutionsgesetz vom Jahr 1825 aufgehoben, nämlich darin, daß nach Art. 1 und 9 dieses Gesetzes nur noch die Vollstreckung rechtskräftiger Urtheile dem Richter, hingegen die Exekution wegen unbestrittener Verbindlichkeiten dem Ortsvorsteher zukommt. Zu den unbestrittenen Verbindlichkeiten gehört auch diejenige, welche erst durch Einräumen der Klage außer Streit gesetzt wurde; wie denn unsere Gerichte den Kläger, wenn der gerichtlichen Klage stattgegeben

Digitized by Google

ist, wegen der Exekution auch wirklich an die Ortsbehörde weisen. Allein diese Aenderung in der Zuständigkeit gestattet noch nicht den Schluß, daß die ausgesprochene Gleichstellung nun auch in den übrigen Punkten aufgehoben sey.

Wie es sich hiemit aber auch verhalten mag, so ist die Frage jedenfalls im württembergischen Recht anderweit erledigt. Das Landrecht sagt nämlich im Theil I. Tit. 25. de litis contestatione §. 2 wörtlich:

„Und weil die Kriegsbevöstigung anders nichts ist, dann ein Antwort auff des Clägers Begehren, so heißt und würdt der Krieg Rechtens verfangen und für bevöstigt gehalten, wenn der Antworter auf die eingebrachte Clag mit Ja oder Nein, mit Gestehen oder Widersprechen Antwort gibt."

In demselben Titel wird sodann, wie oben bemerkt, ausgesprochen,

„daß durch die kriegsbevöstigung die Clagen perpetuirt werden."

Mag es nun auch, wie schon berührt, eine irrige Auffassung seyn, die unbedingte Einräumung des Klagewerks ebenfalls unter den Begriff der Streitbefestigung zu stellen, und mag überhaupt die Streitbefestigung nach heutigen Begriffen ein von der römisch-rechtlichen Contestation wesentlich und zeitlich verschiedener Akt seyn,

Römer, das Erlöschen des klägerischen Rechts, 1852, S. 216.

so lauten doch die Worte des Landrechtes hier so unzweideutig, daß man sicher nicht umhin kann, anzunehmen, es sey auch dann, wenn der Klage einfach stattgegeben würde, eine Kriegsbefestigung im Sinne des Landrechtes und ebendamit nach den Worten desselben Landrechts, eine Perpetuation der Klage eingetreten. Es verjährt also auch eine Wechselklage, welcher stattgegeben wurde, erst in vierzig Jahren. Die Eigenthümlichkeit, daß hienach eine durch Einräumen gehobene Klage länger dauert, als eine durch Richterspruch anerkannte, ist in unsern heutigen Rechtsverhältnissen groß, aber nicht auffallen-

Digitized by Google

der, als daß dasselbe stattfindet bei kontestirten Klagen überhaupt im Gegensatze zu den judizirten. Auch wäre der Wechselinhaber, wenn seiner Klage stattgegeben wurde, ohne jene landrechtliche Bestimmung sehr übel daran, falls die Schuldenliquidation erst nach Ablauf der durch die Klagebehändigung erzeugten Verjährungsfrist stattfände: die Exekution gegen den insolventen Schuldner würde nicht mehr anschlagen, und eine Möglichkeit, die Verjährung der bereits erhobenen und behändigten Klage noch einmal zu unterbrechen, gäbe es nicht. Erst die Geltendmachung im Liquidationstermine beseitigt alle Gefahr: denn ist die Liquidation nach dem oben mitgetheilten Ausspruch des Obertribunals gleichwirkend mit Erhebung der Wechselklage, so ist auch die Anerkennung des Anspruchs in jenem Termine eine Streitbefestigung im Sinne des Landrechtes und perpetuirt also die Klage.

III. Ueber Wechselzahlung.

Da noch jüngst ein württembergisches Oberamtsgericht mit Berufung auf das württembergische Wechselprozeßrecht, welches, vergl. Monatschrift Bd. XIX. S. 89, den Bezirksgerichten die Kompetenz für Wechselklagen dann zuspricht,

„wann die Sache klar und die dagegen machende Einwendungen nach dieser Unsrer fürstlichen Wechselordnung offenbar unerheblich seynd",

die erhobene Wechselklage in so weit von sich weg und an den Kreisgerichtshof verwiesen hat, so weit der Beklagte (obenein ohne alle Bescheinigung) eine an den Rechtsvorgänger des Wechselgläubigers erfolgte Theilzahlung vorgeschützt hatte, so wird es nicht ungeeignet seyn, aus den schon zu I. angeführten Entscheidungsgründen des Obertribunals hier einige Stellen wiederzugeben, welche die gänzliche Unstatthaftigkeit einer solchen nicht aus der Wechselurkunde selbst erweislichen Einrede, übereinstimmend mit den Entscheidungen anderer oberster Gerichtshöfe,

s. z. B. **Archiv für Wechselrecht Bd. IV. S. 340,**

bestätigen. Es heißt dort:

„Was nun die Einrede der Zahlung betrifft, so kann von dieser Einrede, so ferne sie nicht auf eine auf der Wechselurkunde selbst enthaltene Abschreibung gestützt wird, bei Wechseln überhaupt nur uneigentlicher Weise die Rede seyn, indem Wechsel durch Zahlungen, welche nicht auf der Urkunde selbst abgeschrieben werden, ihre Gültigkeit an sich nicht verlieren. Der Wechsel ist nämlich ein selbstständiges für den Verkehr bestimmtes Werthpapier, seine Gültigkeit ist nicht durch das Bestehen eines bestimmten Verpflichtungsgrundes, sondern lediglich durch den formalen Akt der Ausstellung bedingt. Ist der Wechsel in gehöriger Form ausgestellt, so ist eben dadurch der Aussteller, unabhängig von jedem anderen Rechtsverhältnisse, in welchem er zu dem Empfänger oder Besitzer des Wechsels steht, zur Bezahlung der in dem Wechsel ausgedrückten Summe verpflichtet."

Sofort wird ausgeführt, daß bei einem an Ordre gestellten Wechsel der Aussteller diese Verpflichtung gegen jeden Inhaber des Wechsels übernehme,

„was insbesondere auch darin seine Bestätigung findet, daß, wenn der Besitzer eines Wechsels, welcher von dem Aussteller Zahlungen empfangen hat, den Wechsel weiter cedirt, ohne die Zahlungen auf dem Wechsel abzuschreiben, der Cessionar den Wechsel noch in seinem vollen Betrage geltend machen kann. Hieraus folgt aber auch, daß, wenn der Aussteller des Wechsels sich auf geleistete Zahlungen beruft, die er, ohne daß sie auf dem Wechsel abgeschrieben sind, an seiner wechselmäßigen Verbindlichkeit in Abzug gebracht wissen will, dies nicht sowohl die Einrede der Zahlung ist, indem durch Zahlung die Verbindlichkeit selbst erlischt, als vielmehr die Einrede der Kompensation."

Zur Erörterung des nun Folgenden ist hier einzuschalten, daß die Gläubigerschaft von P. R. und N. gegen die Gültigkeit des von de N. M. und Comp. liquidirten Wechsels eingewendet hatte, derselbe sey nie zum Umlaufe bestimmt gewesen, habe nur die Sicherung eines einmaligen Anlehens bezweckt, dieses sey längst heimbezahlt und der nachher eröff-

Digitized by Google

nete laufende Kredit nicht mehr auf Rechnung jenes sonach bezahlten, aber vom Schuldner vergessenen Wechsels, sondern in bianco gewährt worden.

Hierüber äußern die Entscheidungsgründe:

„Darauf, ob der Wechsel wirklich für den Verkehr bestimmt war, oder nur die Bestimmung hatte, dem Darlehen des atischen Bankhauses an P. R. und N. zur Sicherung zu dienen, kann nichts ankommen, da ein rechtlicher Unterschied zwischen Wechseln, die für den Verkehr bestimmt sind, und solchen, bei welchen dies nicht der Fall ist, nicht besteht, jeder Wechsel vielmehr, auch wenn zunächst nur die Sicherung des Empfängers beabsichtigt ist, nach den von Wechseln überhaupt geltenden Grundsätzen zu beurtheilen ist und nicht blos als eine Schuldurkunde für ein empfangenes Darlehen betrachtet werden kann."

Sodann wird ausgeführt, daß im vorliegenden Fall, ungeachtet der Wechsel in den Händen desjenigen verblieb, welchem der Schuldner nachher Zahlungen machte, dies eine Kompensation dennoch nicht begründe, weil der Schuldner auch wieder neue Anlehen empfangen, also „durch die geleisteten Zahlungen keinen Gegenanspruch erworben hat".

Es folgt eine Deduktion, daß, auch wenn der Wechsel ursprünglich nur zur Sicherung Eines, seither bezahlten Anlehens diente, dies ohne Einfluß auf die fortdauernde Gültigkeit des Wechsels bleibe, einestheils wegen der nun einmal blos formalen Natur des Wechsels;

„anderntheils ist die Möglichkeit der Kompensation, einer Wechselforderung gegenüber, überhaupt erst dann gegeben, wenn der Inhaber des Wechsels sein Recht aus demselben geltend macht, da die Verpflichtung aus dem Wechsel, welcher als ein für den Umlauf bestimmtes Verkehrsmittel, so lange er nicht zur Zahlung präsentirt ist, stets weiter begeben werden kann, erst durch die Geltendmachung konkrete Gestalt und eine bestimmte Beziehung auf die Person eines Forderungsberechtigten gewinnt. Es kann daher auch der Wechselschuldner sich auf Kompensation blos in so weit be-

Digitized by Google

ziehen, als ihm zur Zeit, wo der Wechsel gegen ihn geltend gemacht wird, Gegenansprüche an den Inhaber des Wechsels zustehen."

Hieran knüpft sich noch die Ausführung, daß in dem Falle, wo Geld gegen Ausstellung eines Wechsels gegeben wird, es sich eigentlich gar nicht um ein Darlehen, sondern um den Kauf oder Tausch eines Wechsels handle, daß also die Verbindlichkeit des Ausstellers nicht darin bestehe, empfangenes Geld zurückzugeben, sondern darin, den Wechsel seiner Zeit einzulösen.

So wenig hienach der Schuldner gegen den Wechselinhaber die einem Vordermann desselben geleistete, aber auf dem Wechsel selbst nicht abgeschriebene Zahlung vorschützen kann, so wenig wird der Schuldner mit der Einrede gehört, daß der Wechselinhaber bereits durch einen Dritten die Deckung erhalten habe. So hat das Obertribunal in Sachen des Kaufmanns S. zu Stuttgart gegen Kaufmann M. daselbst am 3. Oktober 1849 die Einrede des von einem Indossatar mit der Regreßklage in Anspruch genommenen Trassanten, daß der Indossatar bereits vom Remittenten gedeckt worden sey, verworfen, weil der Wechselinhaber, so lange er dies bleibe, gegen jeden Wechselverpflichteten klagen könne und etwaige Deckung durch einen Dritten nur diesen Letzteren zur Rückforderung des sine causa Bezahlten berechtige: eine Rückforderung aber, die, wenn vom beklagten Wechselschuldner kompensationsweise geltend gemacht, eine wahre exc. de jure tertii wäre.

---

3) Ueber die Kompetenz zur Verhängung der Beschlagnahme des Vermögens bei widerspenstigen Militärpflichtigen.

Von Herrn Direktor v. Geßler.

Der Art. 93 des Kriegsdienstgesetzes setzt als Folge der Widerspenstigkeit eines Militärpflichtigen fest, daß das Ver-

Digitized by Google

mögen des Abwesenden mit Beschlag belegt wird, und nicht eher wieder freigegeben werden darf, bis nach der Zurückkunft des Abwesenden die in Absicht auf seine Person zu treffende Verfügung in Vollzug gesetzt, oder bis nach seinem Ableben oder seiner Todeserklärung das Recht der Erbfolge eingetreten ist.

Die Instruktion zu dem Kriegsdienstgesetze hat hinsichtlich der Kompetenz zur Verhängung dieser Maßregel in §. 177 die Oberämter angewiesen, „unter Rücksprache mit den betreffenden Gerichtsbehörden die Beschlagnahme des Vermögens „der Widerspenstigen vorbehältlich der Rechte Dritter zu veranlassen“: Sie hat hiebei weiter verfügt, daß es hiezu eines Abwesenheitsprozesses nicht bedürfe, in §. 178 sodann einige materielle Vorschriften gegeben, im Uebrigen aber hinsichtlich des Verfahrens auf die Art. 174 und folg. der Strafprozeßordnung verwiesen.

Die nicht bestimmte Fassung der Instruktion hinsichtlich der Zuständigkeit zur Verfügung der Vermögensbeschlagnahme hat schon mehrfach zu Zweifeln darüber Veranlassung gegeben, ob den Verwaltungsstellen oder den Gerichten die Kognition über diese Vermögensbeschlagnahme zustehe, und ob den Ersteren oder Letzteren die in dieser Beziehung zu erlassende öffentliche Bekanntmachung obliege.

In den Mittheilungen aus der Praxis der württembergischen Civilgerichte von Hufnagel S. 484 ff. wird die Zuständigkeit der Gerichte für die Verfügung dieser Maßregel in Anspruch genommen und hiebei eine in diesem Sinne ergangene Verfügung des Civilsenats des K. Gerichtshofs für den Schwarzwaldkreis aus Veranlassung der Anfrage eines Oberamtsgerichts angeführt. Zwei andere höhere Gerichtsstellen dagegen, der Civilsenat des K. Gerichtshofs für den Neckar- und für den Jaxtkreis haben anerkannt, daß die Verhängung der Beschlagnahme und die hiemit zusammenhängende öffentliche Bekanntmachung Sache der Verwaltungsbehörden sey. Auch der Oberrekrutirungsrath hat in einer Reihe von Fällen die letztere Ansicht angenommen und hat die in dieser Richtung

Digitized by Google

von den Oberämtern seit der Erlassung des Gesetzes bei eingetretener Meinungsverschiedenheit zwischen ihnen und den Oberamtsgerichten an ihn gerichteten Anfragen stets in diesem Sinne beantwortet. Diese Ansicht dürfte auch entschieden die richtige seyn, und die Zuständigkeit der Verwaltungsstellen zur Verfügung der Beschlagnahme sowohl in dem Grund dieser Maßregel selbst, als in den Bestimmungen des Kriegsdienstgesetzes ihre Rechtfertigung finden.

Es ist im gemeinen Strafprozeßrechte nicht unbestritten, ob die Vermögensbeschlagnahme flüchtiger Verbrecher allein oder doch vorzugsweise als Zwangsmittel, denselben zu seiner Stellung vor Gericht zu bewegen, oder entweder vorzugsweise oder doch zugleich als Sicherungsmittel für die aus dem Verbrechen sich ergebenden civilrechtlichen Ansprüche aufzufassen ist. Die hierher einschlägigen Stellen des gemeinen Rechts lassen jedoch wenig Zweifel darüber übrig, daß jedenfalls die Absicht, den Flüchtigen vor Gericht zu bringen, beziehungsweise die Strafe zu sichern, der nächste Zweck dieser Maßregel seyn sollte. Nach römischem Rechte sollte das Vermögen desjenigen, der sich innerhalb eines Jahres nach erfolgter Beschlagnahme nicht vor Gericht gestellt hatte, dem Fiskus verfallen seyn und diese Konfiskation auch dann nicht aufgehoben werden, wenn er nach Ablauf des Jahres zu seiner Vertheidigung zurückkehrte, und unschuldig befunden wurde *),

C. 2. C. De requir. reis IX. 40.

und den Schuldnern wurde jede Zahlung an den Flüchtigen, dessen Vermögen adnotirt war, untersagt, ne per hoc fuga ejus instruatur,

Fr. 5. §. 3. D. de requirendis vel absentibus damn. XLVIII. 17.

während

Fr. 1. §. 1. D. ibid.

---

* Ob hieran durch die Nov. 134 C. 13, welche die Vermögenskonfiskationen für Verurtheilte aufhob, etwas geändert wurde, ist für die hier vorliegende Frage nicht von Erheblichkeit.

Digitized by Google

als Zweck der adnotatio ausdrücklich das hervorgehoben wird, „ut copiam sui praestet.“

Nirgends aber geschieht wenigstens da, wo diese adnotatio bonorum vorzugsweise abgehandelt wird, der aus dem Verbrechen entstehenden privatrechtlichen Ansprüche und ihrer Sicherung irgend Erwähnung.

Der Art. 206 der P.H.G.O. hat aber sicher auch nur die Stellung der Flüchtigen vor Gericht im Auge, wenn er die Aufzeichnung und Beschlagnahme des Vermögens desselben verfügt und ausdrücklich anordnet, „dem Uebelthäter nichts davon folgen zu lassen“ oder „dem Flüchtigen, dieweil er unvertragen oder die Sach unausgeführt ist, nichts davon folgen zu lassen“ und nach dem Schluß dieser Gesetzesbestimmung ist sogar zu bezweifeln, daß es zulässig ist, für die entstandenen Kosten etwas von dem mit Beschlag belegten Vermögen zu nehmen, wenn es heißt: „und sollen auch die Richter und Obervögt zu irem Nutz den Flüchtigen von iren Gütern gar nichts nehmen.“

Wie aber immer diese Frage nach gemeinem Recht zu beantworten seyn möchte, so ist nach württembergischem Strafprozeßrechte ganz außer allem Zweifel, daß der eigentliche Zweck der Vermögensbeschlagnahme eines flüchtigen Verbrechers kein anderer als der ist, denselben hiedurch zur Stellung vor Gericht zu nöthigen. Sowohl der Art. 174 der Strafprozeßordnung selbst, als seine Aufnahme in das III. Kapitel Tit. II. der Strafprozeßordnung von der Verhaftung und den Mitteln, einen Verdächtigen in Haft und vor Gericht zu bringen, und die in Art. 176 der Strafprozeßordnung aufgeführten Aufhebungsgründe der Beschlagnahme, lassen hierüber ganz keinen Zweifel übrig. Daß aber auch der Vermögensbeschlagnahme eines widerspenstigen Militärpflichtigen kein anderer Zweck unterstellt werden kann, als der eines Zwangsmittels, um den Widerspenstigen zur Erfüllung seiner Militärpflicht anzuhalten, ergibt sich nicht nur aus dem, was im Vorhergehenden über die Natur dieser Beschlagnahme als einer aus dem Strafprozeßrechte überhaupt entnommenen Maßregel ausgeführt ist, sondern ebensosehr aus der Erwägung, daß andere

Digitized by Google

Ansprüche als die der Stellung des Militärpflichtigen Behufs seiner Einreihung unter das Militär mit verlängerter Dienstzeit oder im Falle seiner Untüchtigkeit der Vollziehung der gegen ihn zu verhängenden Strafe aus seiner Uebertretung gegen den Widerspenstigen deßhalb nicht erwachsen, weil er des Rechts, einen Ersatzmann zu stellen, durch seine Widerspenstigkeit verlustig wird (Art. 92 des Kriegsdienstgesetzes) und für einen Widerspenstigen ein anderer Militärpflichtiger nicht einzutreten hat (Art. 48 und 55 des Kriegsdienstgesetzes) somit von einem etwaigen Ersatzanspruche eines Dritten, der durch die Widerspenstigkeit in Schaden gekommen wäre, gar nicht die Rede seyn kann. Es geht dieß aber auch ebensosehr aus den in Art. 93 des Kriegsdienstgesetzes angeführten Gründen der Aufhebung der Beschlagnahme des Vermögens hervor, welche neben dem Ableben oder der Todterklärung des Militärpflichtigen allein noch den Aufhebungsgrund anführen, daß nach seiner Zurückkunft die in Absicht auf seine Person zu treffende Verfügung in Vollzug gesetzt ist, woraus deutlich erhellt, daß die Absicht der Vermögensbeschlagnahme keine andere ist, als die, die Stellung des Militärpflichtigen durch dieses Zwangsmittel zu bewirken. Ist aber dieses richtig und hat hiernach diese Beschlagnahme in keinem irgend zur Erörterung vor dem Civilrichter geeigneten Fundamente ihren Grund, kann dieselbe vielmehr als nichts Anderes, denn als ein Zwangsmittel angesehen werden, um Denjenigen, der sich der Erfüllung seiner Militärpflicht durch seine Abwesenheit entzogen hat, zu seiner Stellung zu bestimmen, so kann schon nach der Analogie der sonst für die Anwendung derartiger Zwangsmittel geltenden Rechtsgrundsätze die Befugniß der Verwaltungsbehörden zur Verhängung dieser Zwangsmaßregel keinem gegründeten Zweifel unterliegen. Es ist anerkannten Rechtens und liegt in der Natur der Sache, daß der in der Hauptsache zuständigen Behörde auch die Verfügung der in der Sache selbst nöthigen Zwangsmaßregeln zusteht, wie denn noch Niemand z. B. das Recht der Verwaltungsbehörden bestritten hat, in zu ihrem Ressort gehörigen Straf-

Digitized by Google

sachen die Stellung eines Verdächtigen durch die Erlassung von Steckbriefen und dergleichen zu bewirken und wie mit der in Art. 174 der Strafprozeßordnung gegebenen Bestimmung, „daß die Vermögensbeschlagnahme von dem in der Hauptsache zuständigen Gericht verfügt werde", nur ein aus den allgemeinen Rechtsgrnndsätzen sich ergebender Satz ausgesprochen worden ist. Es ist aber überdieß die Befugniß der Verwaltungsbehörden zur Verhängung der zur Erreichung des Zwecks geeigneten Zwangsmaßregeln für die Vollziehung der innerhalb ihres amtlichen Wirkungskreises erlassenen Anordnungen im Allgemeinen in dem Art. 1 des Polizeistrafgesetzes positiv ausgesprochen und müßte daher eine Ausnahme in dieser Beziehung, um die Kompetenz der Gerichte zu begründen, besonders nachgewiesen werden. Ueberdieß verordnet der Art. 28 des Kriegsdienstgesetzes ganz allgemein, daß die Leitung aller Geschäfte des Aushebungswesens, die Entscheidung der in dieser Beziehung entstehenden Beschwerden, die Entscheidung alles Streitigen in Aushebungssachen, sowie die Erkennung der für die Uebertretungen dieses Gesetzes feßgesetzten Strafen, soweit nicht die Gerichte oder die Oberämter hiefür zuständig erklärt sind, dem Oberrekrutirungsrath zustehe, und insbesondere ist in Art. 100 desselben Gesetzes das Straferkenntniß gegen widerspenstige Militärpflichtige dem Oberrekrutirungsrath zugewiesen, weßhalb es auch nach den Bestimmungen des Kriegsdienstgesetzes selbst keinem Zweifel zu unterliegen scheint, daß die Verfügung der Beschlagnahme des Vermögens widerspenstiger Militärpflichtiger Sache der Verwaltungsbehörden und nicht der Gerichte sey.

In der That scheinen auch die für die gegentheilige Ansicht in der angeführten Abhandlung geltend gemachten Gründe bei genauerer Prüfung nicht haltbar zu seyn. Wenn in der gedachten Ausführung zunächst geltend gemacht wird, daß kein Gesetz den Verwaltungsstellen die Befugniß zur selbstständigen Anordnung von Beschlagnahmen ertheile, so ist dagegen einzuwenden, daß der Art. 100 des Kriegsdienstgesetzes das Erkenntniß über die wegen der Widerspenstigkeit zu verhängenden

Digitized by Google

Strafen überhaupt dem Oberrekrutirungsrath zuweist, daß der Art. 28 desselben Gesetzes die Leitung der Geschäfte, wie alles Streitige in Aushebungssachen als Obliegenheit des Oberrekrutirungsraths bezeichnet, und daß überhaupt das ganze Kriegsdienstgesetz den Ministerien des Innern und des Kriegswesens zur Vollziehung überwiesen ist, woraus sich von selbst ergibt, daß die Vollziehung aller aus diesem Gesetze sich ergebenden Akte Sache der Verwaltungsstellen ist, insoweit nicht entweder, wie es in Art. 100 wirklich geschehen ist, einzelne Handlungen ausdrücklich den Gerichten zugewiesen sind, oder insoweit wenigstens nicht aus der Natur der Sache und der Rechtsverhältnisse die ausschließliche Kompetenz der Gerichtsstellen für eine einzelne Handlung dargethan zu werden vermag. Eines besonderen der Kompetenz der Verwaltungsstellen zur Verfügung einer derartigen Beschlagnahme aussprechenden Gesetzes bedarf es da offenbar nicht, wo diese Beschlagnahme als die Folge einer lediglich den Verwaltungsstellen zur Cognition und Entscheidung zugewiesenen Handlung und dieses in einem Gesetze bezeichnet ist, dessen Vollziehung ausschließlich den Verwaltungsbehörden insoweit obliegt, als die Kompetenz der Gerichte nicht ausdrücklich ausgesprochen ist. Umgekehrt müßte im Gegentheil bei der allgemeinen Fassung des Art. 28 des Kriegsdienstgesetzes, wie bei den aus der Strafzuständigkeit für das Vergehen der Widerspenstigkeit nach Obigem sich ergebenden Folgerungen für die Kompetenz der Gerichte zur Anordnung dieser Beschlagnahmen entweder eine besondere gesetzliche Bestimmung oder zum Mindesten schlagende aus der Natur dieser Maßregel sich ergebende Gründe für eine ausschließliche Kompetenz der Gerichte zur Anordnung der Vermögensbeschlagnahme geltend gemacht werden können. Eine gesetzliche Bestimmung aber, welche die Anordnung von Vermögens-Beschlagnahmen überhaupt für eine ausschließliche Befugniß der Civilgerichte erklärt, existirt meines Wissens nicht. Im Gegentheil weist die Strafprozeßordnung Art. 174 und übereinstimmend hiemit der Art. 236 des Schwurgerichtsgesetzes die Anordnung der Vermögens-Beschlagnahmen bei flüchtigen

Digitized by Google

Verbrechern dem betreffenden Kriminalgerichte zu, und überläßt blos die Vollziehung der getroffenen Anordnung dem Civilgerichte. In der gedachten Abhandlung (am Ende) wird freilich hieraus ein Moment für ihre Ansicht deßhalb entnommen, weil der Kriminalrichter unter den in Art. 8 der Strafprozeßordnung bestimmten Bedingungen auch für die privatrechtlichen Ansprüche zuständig sey. Allein ganz abgesehen davon, daß sich schwer einsehen ließe, warum nach Art. 175 der Strafprozeßordnung die Vollziehung der Beschlagnahme dem Civil-Gericht des Flüchtigen überwiesen wird, wenn der Strafrichter überhaupt bei der Anordnung der Vermögensbeschlagnahmen qua Civilrichter handeln würde, so träfe dieses Argument in denjenigen Fällen offenbar nicht zu, in welchen entweder neben den Strafen ein civilrechtlicher Anspruch gar nicht existirt, oder in welchem der Beschädigte von der ihm nach Art. 8 der Strafprozeßordnung zustehenden Befugniß, seinen privatrechtlichen Anspruch vor dem Strafrichter zu verfolgen, keinen Gebrauch gemacht hat, und es kann daher diese Bestimmung für die Behauptung, daß die Vornahme der Vermögensbeschlagnahmen überhaupt (nur) ein Akt der civilgerichtlichen Gewalt sey, um so weniger geltend gemacht werden, als in Obigem sattsam gezeigt worden ist, daß nach gemeinem, wie württembergischem Prozeßrechte der Grund der Vermögensbeschlagnahmen bei flüchtigen Verbrechern überhaupt nicht in der Sicherung der privatrechtlichen Ansprüche aus dem Vergehen, sondern nach den Bestimmungen unserer Gesetze lediglich in der Erfüllung des Zwecks, den Flüchtigen zur Stellung vor seiner Behörde zu zwingen, zu suchen ist. Scheiden sich hiernach schon innerhalb des gerichtlichen Ressorts die Vermögensbeschlagnahmen in solche, welche auf den Grund privatrechtlicher Ansprüche von dem Civilrichter und auf den Grund von so zu sagen strafrechtlichen Ansprüchen von dem Strafrichter verfügt werden, so kann die behauptete ausschließliche Zuständigkeit der Civilgerichte für die Verhängung von Vermögensbeschlagnahmen überhaupt nicht mehr aufrecht erhalten werden, sondern es ist vielmehr zur Entscheidung über die Zu-

Digitized by Google

ständigkeit für die Vornahme dieser Beschlagnahmen nur das gegeben, daß der Behörde, welche nach der Terminologie der älteren Rechtslehrer über die materia causae zu entscheiden hat, auch die Anordnung der Vermögensbeschlagnahme zusteht.

Daß aber die Verwaltungsbehörden, wenn sie die Beschlagnahme des Vermögens widerspenstiger Militärpflichtigen verfügen, in die Befugniß des Civilrichters eingreifen würden, ist hiernach in keiner Weise und um so weniger gegründet, als nach der eigenen Ausführung in der gedachten Abhandlung selbst zu der Anordnung dieser Beschlagnahmen Weiteres nicht, als die Cognition darüber erforderlich ist, ob die betreffende Person zum Erscheinen bei der Musterung verpflichtet war, gleichwohl aber an dem gesetzlich vorgezeichneten Termine nicht erschienen ist. Umgekehrt aber würde sich der Civilrichter eines Eingriffs in die Sphäre der Verwaltungsbehörden schuldig machen und nicht, wie in der angeführten Abhandlung bemerkt wird, innerhalb seiner Befugnisse bleiben, wenn er sich die Cognition darüber vindiciren wollte, ob der Betreffende sich wirklich der Widerspenstigkeit schuldig gemacht hat, da die Entscheidung hierüber durch das Kriegsdienstgesetz (Art. 28 und 100) entschieden dem Oberrekrutirungsrath und nicht dem Civilrichter zugewiesen ist, und es zu fast abenteuerlichen Konsequenzen führen und dem Gesetzgeber wenig Ehre machen müßte, wenn man annehmen wollte, daß es in seiner Absicht gelegen gewesen sey, zwar die definitive Entscheidung hinsichtlich des Strafpunkts den Verwaltungsbehörden, dagegen die blos vorläufige Verfügung der Vermögensbeschlagnahme den Gerichten zuzuweisen. Wenn aber weiter noch geltend gemacht wird, daß in der Beschlagnahme des Vermögens eine Verfügung über das Vermögensrecht des Einzelnen liege, so kann auch dieses nicht für die Kompetenz irgend entscheidend seyn, da die Verwaltungsbehörden in gleicher Weise in hundert anderen Fällen tagtäglich über das Vermögen des Einzelnen aus Gründen des öffentlichen Rechtes zu verfügen in der Lage sind, wie denn z. B. das Exekutionsgesetz unter den Exekutionsmitteln neben Anderem auch die Beschlagnahme von Forderungen

Digitized by Google

und Früchten aufführt und unseres Wissens bis jetzt denselben noch Niemand das Recht streitig gemacht hat, obgleich auch hierin eben so gut eine Verfügung über das Vermögensrecht des Einzelnen liegt, deßhalb bei den an sie zur Exekution erwachsenen Forderungen dieses Exekutionsmittel in Anwendung zu bringen. Ebenso wenig kann das für stichhaltig erkannt werden, daß durch die Annahme der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden das koordinirte Verhältniß des Oberamts und Oberamtsgerichts in ein subordinirtes verwandelt werde, weil das Letztere lediglich die von dem Ersteren angeordnete Beschlagnahme des Vermögens zu vollziehen hätte. Abgesehen davon, daß strenge genommen nicht das Oberamt, sondern der Oberrekrutirungsrath, welchem jedenfalls das Oberamtsgericht nicht koordinirt ist, die zuständige Stelle für die Verfügung der Beschlagnahme ist und das Oberamt die Requisition an das Letztere nur im Auftrag des Oberrekrutirungsraths zu stellen hat, wird dadurch, daß zur Vollziehung eines von der einen Stelle angeordneten Aktes die Thätigkeit einer anderen Stelle in Anspruch genommen oder requirirt wird, an der bestehenden Koordination der betreffenden Stellen offenbar nichts geändert, wie es denn z. B. ganz keinen Anstand hat, daß das Kriminalamt in Stuttgart oder das Oberamtsgericht A., in dessen Bezirke ein ihm zur Untersuchung zustehendes Verbrechen begangen worden ist, die Beschlagnahme des Vermögens des flüchtigen Verbrechers verfügt, und das Stadtgericht Stuttgart als Civilgericht, beziehungsweise das Oberamtsgericht B., in dessen Bezirke der bei dem Oberamtsgericht A. in Untersuchung stehende Verbrecher sein Vermögen besitzt, um die Vollziehung der Beschlagnahme ersucht, ohne daß es deßhalb Jemand einfallen würde, zu sagen, es werde hierdurch an der koordinirten Stellung dieser Gerichtsstellen etwas geändert.

Zum Troste für die Gerichte mag hier aber auch noch unter den verschiedenen Fällen auf einen Fall verwiesen werden, bei welchem umgekehrt die Oberämter lediglich die Anordnung der Gerichte zu vollziehen haben, wenn es sich näm-

Digitized by Google

lich um den Transport eines Gefangenen handelt, wobei sie lediglich schuldig sind, für die Transportirung des Gefangenen zu sorgen, ohne daß ihnen eine Cognition darüber zusteht, ob der Gefangene mit Recht oder Unrecht auf den Transport gesetzt wird.

Endlich kann es nur auf einer nicht statthaften und in keiner Weise begründeten Uebertragung der Partei-Verhältnisse bei Civilprozessen auf Handlungen der Staatsgewalt in der Handhabung der bestehenden Gesetze beruhen, wenn in der gedachten Abhandlung die Zuständigkeit der Civilgerichte noch damit begründet werden will, daß im anderen Fall die Verwaltungsstellen Richter und Partei zugleich seyn würden, denn die Letzteren sind, wenn sie die bestehenden Gesetze auf den einzelnen Staatsbürger anwenden, ebenso wenig Partei, als die Gerichte Partei sind, wenn sie auf den Grund einer von ihnen ohne eine Anklage geführten Untersuchung eine Strafe gegen einen Verbrecher aussprechen.

Es scheint hiernach die Zuweisung der Cognition über die Beschlagnahmen des Vermögens widerspenstiger Militärpflichtiger an die Gerichte jeden genügenden Grundes zu entbehren, und wenn auch zuzugeben ist, daß der §. 177 der Instruktion zu dem Kriegsdienstgesetze besser gefaßt seyn könnte, so hätte sich der Oberrekrutirungsrath, welcher das Gesetz, wie die Instruktion entworfen hat, und der überdies im Besitze der Kenntniß der langjährigen Uebung in dieser Angelegenheit war, nicht wohl beigehen lassen können, materielle Vorschriften hinsichtlich dieser Beschlagnahmen zu ertheilen, wie dies in §. 177 und 178 der Instruktion geschehen ist, wenn er angenommen hätte, daß die Anordnung dieser Beschlagnahmen nicht in seiner, sondern in der Zuständigkeit der Gerichte liege.

Digitized by Google

4) Ueber das Recht der Nachbarn zur Einsprache gegen einen ihre Personen und den Genuß ihres Eigenthums wesentlich störenden Gewerbebetrieb in dem Nachbargebäude.

Von dem Herausgeber.

§. 1.

Einleitende Bemerkungen. Bedeutung der Frage.

Der Grundsatz des unbeschränkten Verfügungsrechts des Eigenthümers ist ein schöner, eines civilisirten Staats würdiger Grundsatz; allein mit schroffer Konsequenz, ohne irgend Rücksicht auf Anderer Personen und Eigenthum durchgeführt, treibt er zu großen Mißständen und wohl auch zu wahren Absurditäten. Das römische Recht hat denselben allerdings in strenger Konsequenz aufgefaßt und ausgebildet; allein die Elastizität in der Entwickelung dieses Rechts steckte die Grenzen, welche verhinderten, daß aus dem Grundsatz keine für die damaligen Verhältnisse ungeeignete Folgen hervorgehen konnten. Besonders war es bekanntlich das Institut der Prätoren, wodurch die Lücken und Unebenheiten der Gesetzgebung zu jeder Zeit eine zweckmäßige Ausgleichung erhielten. Anders wurde dieß in späteren Zeiten, wo eine häufig den Verhältnissen des Lebens entfremdete, bisweilen auch wohl einseitige und verkehrte Auffassung und Anwendung sich der römischen Satzungen bemächtigt hatte. Wenn nun auch solche Vorwürfe die Doktrin nicht mehr treffen und auch die Praxis das Mögliche thut, um hiebei nicht in einen gar zu großen Abstand von den bestehenden Verhältnissen zu kommen, so ist doch unverkennbar, daß der Einfluß des Studiums des römischen Rechts leicht eine gar zu heilige Scheu vor dem fraglichen Grundsatz hinterläßt. Dazu kommt aber noch in neuerer Zeit, daß derselbe den Forderungen des unbeschränkten Treibenlassens zur bequemen Unterlage dient, welche unter dem problematischen Titel des Gemeinbesten jedes Individual-Interesse geopfert wissen will, wenn es sich auch nur um möglichst wohlfeile Durchführung eines zweifelhaften Projekts

Digitized by Google

gewinnsüchtiger Gelüste oder einen Einfall für Liebhabereien des Publikums handelt. Statt dessen, was die Römer an ihren Prätoren, Aedilen u. s. w. hatten, haben wir die Polizei. Dieser ist aber nach den konstitutionellen Einrichtungen nicht die freie Bewegung gestattet, wie den Prätoren u. s. w. Wenn sie auch in Sachen des Vollzugs einen freieren Spielraum hat, so ist sie doch bezüglich der Aufstellung von Grundsätzen sehr gebunden. Sie muß sich an die gesetzlichen Bestimmungen halten, welche in Aufstellung von allgemeinen Grundsätzen zu bedenklich und eben deßwegen mit Spezial-Geboten und Verboten zu freigebig, auch bisweilen unglücklich formulirt sind. Hiedurch ergibt sich häufig neben einer im einzelnen Fall unnöthig lästigen Beschränkung andererseits eine einseitige Begünstigung der Eigenthumsfreiheit, wobei das Eigenthumsprinzip selbst im Erfolg gewöhnlich am schlechtesten wegkommt.

So führt die Annahme, daß jeder seinem Nachbarhaus Luft und Licht verbauen kann, das dieses vielleicht ein Jahrhundert lang genossen hat, oft zu einer drückenden Entwerthung des betroffenen Eigenthums *). Der Betrieb eines Gewerbes kann ein ganzes Quadrat eines Orts nahezu unbewohnbar, wenigstens unvermiethbar machen. In früherer Zeit waren die Verhältnisse nicht von der Art, daß solche Kollisionen leicht vorkamen. Wohl gab es kleinere Gewerbe, welche Geräusch verursachten, z. B. Flaschner, Nagelschmiede, Kupferschmiede ꝛc.; allein dieß war nicht bedeutend, und sie waren durch verschiedene Gründe von selbst an Stellen verwiesen, wo ein solches Geräusch nicht leicht Beschwerde erregte. Größere Gewerbe-Etablissements, welche der Nachbarschaft beschwerlich werden konnten, bedurften des Wassers, sammelten sich also in der Nähe der Flüsse. So ergab sich eine natürliche Abscheidung der hauptsächlich für solche Gewerbe und der hauptsächlich für das Wohnen bestimmten Städtetheile. Dieß ist ganz anders geworden, seit die Dampfkraft herrschend

*) Vgl. Monatschrift für die Justizpflege, Bd. VIII. Seite 396 ff., auf welchen Gegenstand wir später einmal zurückkommen werden.

Digitized by Google

wurde. Der Gefahr von Dampfkesseln und der Last des Rauches nicht zu gedenken, werden mit Dampfmaschinen von 10—20 Pferdekräften Klopf-, Stampf-, Walz- und andere Werke betrieben, welche die Erfüllung der Lebenszwecke der Nachbarbewohner auf das Höchste verkümmern können. Sehr häufig ergibt sich dieß erst durch die Erfahrung, wenn solche Einrichtungen gemacht werden, welche auf neuen Erfindungen beruhen, oder von anderen Ländern her transferirt werden, deren Wirkungen selbst von den Technikern nicht prognostizirt werden können *).

Einen besondere Beachtung verdienenden Fall bilden solche Gewerbe, wo thierische Stoffe in verschiedenen Gestalten und chemischen Zubereitungen hiezu verwendet werden. Des alten Gewerbes der Leimsiedereien, wo große Quantitäten macerirender Klauen ꝛc. aufgehäuft und sogar gefallene Thiere zerlegt werden, nicht zu gedenken, hat in neuerer Zeit das Sammeln und Verarbeiten von Knochen eine sehr häufige Anwendung zu verschiedenen Zwecken erlangt. Sollte derartigen Gewerben das Recht der unbeschränkten Benützung ihres Eigenthums

*) In einer dicht bevölkerten Stadt kam der Fall vor, daß eine Maschine aufgestellt wurde, deren Bewegung ein solches enormes Getöse verursachte, daß die Miethbewohner von ungefähr 12 Nachbarhäusern solche zu verlassen drohten, wenn keine Abhilfe erfolge, während angezeigt war, daß der Inhaber der Maschine selbst aus jenem Grunde das Gebäude, in welchem sie aufgestellt war, nicht bewohnen mochte.

In einem andern Fall hatte ein Mechanikus Erlaubniß zu einer Fabrik erhalten, wobei unter Anderem Kaltschmiedegeschäfte betrieben wurden. Bei der Konzessionsertheilung hatte er vorgetragen, daß er das Geschäft in einem dazu geeigneten Gebäude betreiben werde, betrieb es aber in der That in offenem Hof, wodurch ein solcher Lärmen entstand, daß die ganze Nachbarschaft Beschwerde erhob, daß das Getöse Gesunden unerträglich, Kranken verderblich werde, unter den Nachbarbewohnern und Vorübergehenden kein gesprochenes Wort mehr gehört werden könne, Gewerbleute, welche durch ihre Glocken in die Läden gerufen werden sollen, nunmehr eigene Leute in solchen aufstellen müssen, u. dgl.

Digitized by Google

zum Gewerbebetrieb zukommen, so würden bald auch belebte Straßen großer Städte abdeckerartige Stätten in sich schließen. Nun wird freilich der Gesetzgebung und Polizei das Recht, da, wo es sich um Leben und körperliche Integrität handelt, einzuschreiten, nicht abgesprochen; allein hier ist die Grenze oft sehr zweifelhaft. Man hat Beispiele, daß Anatomieen, Abdeckereien und Leimsiedereien Jahrhunderte lang inmitten bewohnter Plätze bestanden, ohne daß sich Nachtheile für Gesundheit und Leben der Nachbarn ergaben. Andererseits wird keine medizinische Behörde es in Abrede ziehen, daß Menschen, welche durch Erziehung und Gewohnheiten nicht gegen Ekel erregende Gerüche und Anblicke abgestumpft sind, sehr leicht hierdurch Schaden an ihrer Gesundheit nehmen können; das Getöse, welches größere Maschinen erregen, kann entschieden der Gesundheit der Nachbarbewohner schädlich werden, wie dieß in einem vorgekommenen Spezialfall durch eine Reihe ärztlicher Gutachten ausgesprochen wurde*). Allein die Aerzte knüpfen solche Aussprüche doch in der Regel an gewisse Voraussetzungen, so namentlich von alters- und nervenschwachen Menschen, bereits vorliegender Gemüthserregung u. dgl. Daß durch ein solches Getöse auch vorüberkommende Pferde scheu gemacht und dadurch Unglücksfälle herbeigeführt werden können, ist eben so wenig zu bestreiten. Allein es trifft dieser Anstand nicht bei allen Lokalitäten zu und kann im einzelnen Falle oft eine sehr verschiedene Beurtheilung erleiden. So bleibt häufig nichts übrig, als die den Nachbarbewohnern unerträgliche Belästigung und die hieraus fließende Entwerthung des Eigenthums. Soll nun aber das Eigenthum der Besitzer eines ganzen Quadrats von Häusern, welche, in der Voraussetzung in einer vorzugsweise zum Wohnen bestimmten Stätte den Schutz civilisirter Einrichtungen zu finden, große Kapitalien auf vermiethbare Häuser verwendet haben, in solcher Weise preisgegeben seyn, um die der ordent-

*) Beschwerdensache der Gebr. S . . . in S . . . wegen Betriebs eines Leinwandappreturgeschäfts. Erlaß des K. Ministeriums des Innern vom 25. Nov. 1853.

Digitized by Google

lichen Bestimmung zum Zusammenleben ganz entgegengesetzten Zwecke eines Einzelnen, welcher in der Regel sich leicht durch den Erwerb eines abgeschiedenen Platzes helfen kann, zu erfüllen? Wäre ein solcher Zustand den Grundsätzen einer vernünftigen Theorie über Eigenthumsschutz und Gemeinwohl entsprechend? *)

*) Es ist wirklich auffallend, daß man den Gesichtspunkt der Entwerthung des Nachbareigenthums so selten aufgefaßt findet. Der Grundsatz, daß der Eigenthümer sich bloße Belästigung durch die Eigenthumsbenützung des Nachbars gefallen lassen müsse, wenn sie auch bis zur Unerträglichkeit sich steigere, wird in der Regel ohne Rücksicht auf die Konsequenzen dieser Belästigung vorangeschoben, sobald es nicht gelingt, irgend eine Gefährdung für Leben oder Gesundheit herauszufinden. Man ist immer bei der Hand, die Einrichtungen der Engländer und Franzosen herbeizuziehen. Allein abgesehen von anderen hiegegen geltend zu machenden Repliken findet hier keineswegs eine solche Rücksichtslosigkeit statt.

In dem unten §. 8 Nr. 1 angeführten Fall wurde glaubhaft zu den Akten konstatirt, daß die Besitzer von Fabriken von Soda ꝛc. in England jährlich bedeutende Entschädigungsgelder an die benachbarten Gutsbesitzer wegen der nachtheiligen Einflüsse auf die Vegetation und die Thiere der Landwirthschaft bezahlen müssen; so eine Fabrik in Maspratt jährlich 3—4000 Pfund, weßhalb solche jetzt in eine abgelegene Gegend verlegt werden solle.

In Frankreich erging am 15. Oktober 1810 ein kaiserliches Dekret auf den Grund des Gutachtens des Instituts und Vernehmung des Staatsraths, worin drei Klassen von Gewerben gebildet sind, welche nicht ohne Genehmigung (de l'autorité administrative) errichtet werden dürfen. Die erste ist unbedingt aus der Nähe der Privatwohnungen verbannt, wegen unerträglichen, der Gesundheit schädlichen Geruchs und Gefahr für die Sicherheit (z. B. Explosionen). Von der zweiten ist gesagt: la seconde, les manufactures et ateliers dont l'éloignement des habitations n'est pas rigoureusement nécessaire, mais dont il importe néanmoins de ne permettre la formation qu'après avoir acquis la certitude, que les opérations, qu'on y pratique, sont exécutées de manière, à ne pas incommoder les propriétaires du voisinage, ni à leur causer des dommages. Die dritte ist bezeichnet: établissements, qui peuvent rester sans inconvénient

Digitized by Google

§. 2.
Allgemeine Beziehungen und Gesichtspunkte der Frage.

Die erste Beziehung der Frage betrifft das Eigenthumsverhältniß des Einen gegen das des Andern; dem Recht auf

---

auprès des habitations, mais doivent rester soumis à la surveillance de la police. Bei den beiden ersten Klassen ist ein Verfahren mit öffentlicher Provokation zur Einsprache vorgeschrieben, welches bei der zweiten eine „information de commodo et incommodo" begreift; übrigens können auch bei der dritten reclamations contre la décision erhoben werden, welche von dem Präfekturrath zu entscheiden sind. Sodann hat die Praxis in Paris auch für diese dritte Klasse die enquête de commodo et incommodo eingeführt.

Bulletin des loix de l'empire français 4. série, Tom. XIII. pag. 397 sqq. Paris 1811.

vergl. Dufour traité générale de droit administratif. Tom. I. p. 289 sq.

Nun begreift zwar allerdings diese Verordnung blos Gewerbe, „qui répandent une odeur insalubre ou incommode." So wie jedoch dieselbe nach Ansicht ihres Inhalts auch auf andere Belästigungen ähnlicher Art analog anwendbar erscheint, so geht dieß auch aus dem Dufour'schen Werk hervor, insbesondere aus den dort citirten Ordonnanzen vom 14. Januar 1815 und 31. Mai 1833 und der von dem Ministerium aufgestellten Liste über die unter das Dekret vom 15. Oktober 1810 fallenden Gewerbe.

Dufour, a. a. O. p. 319—340.

Es ist hieraus namentlich ersichtlich, daß eine fortdauernde Einreihung der neu entstehenden Gewerbe unter jenes Dekret stattfindet. So ist in der Ordonnance von 1833 auch le battage en grand et journalier de la laine et de la bourre genannt; allerdings blos mit Einreihung in die III. Klasse. Aber diese Operation von großartigem und täglichem Dreschen von Wolle und Haaren, welche doch wohl blos des Geräusches und Staubes wegen als incommode Reklamationen begründen kann, kann hienach doch je nach Umständen gehindert werden. In der Liste des Ministeriums sind zwar neben den Gewerben, welche Sicherheit und Gesundheit gefährden, hauptsächlich solche genannt, welche den Geruchssinn beleidigen; es kommen aber auch außerdem viele vor, welche als „nuisibles à la végétation", als

Digitized by Google

freie Verfügung des einen Eigenthümers steht die Gefährdung der Benützung oder gar Substanz des Eigenthums seines Nachbarn entgegen. Die zweite Beziehung begreift das Verhältniß der Personen; während der Eine freie Thätigkeit für seine Zwecke beansprucht, fordert der Andere die Möglichkeit, neben demselben eine den Bedingungen des Wohlseyns entsprechende Existenz führen zu können. Die dritte Beziehung ist die des Einzelnen zum Gemeinwesen; die Erfüllung der Zwecke des Einzelnen darf dem Wohl der ganzen Gesellschaft oder gewisser Klassen derselben oder Individuen, welche hiedurch berührt werden, nicht gefährlich oder unerträglich lästig werden.

Bei der Untersuchung der Frage ist die Richtung theils auf den privatrechtlichen, theils auf den öffentlichrechtlichen Gesichtspunkt zu nehmen, welch' letzterer wieder in zwei Kategorien zerfällt, den der allgemeinen Polizei und den der Gewerbepolizei.

Es ist schwer, den privatrechtlichen Gesichtspunkt von dem öffentlichrechtlichen scharf abzuscheiden. Das Eigenthum ist an sich exklusiver Natur und wenn auch die Gesetze besondere Bestimmungen über Beschränkung des Eigenthums des Einen gegenüber von dem Andern enthalten, so wird ihnen in der Regel auch hier ein allgemeines polizeiliches Motiv zum Grunde liegen, und man geräth deßhalb, wenn sich über eine solche Beschränkung auf den Grund von Eigenthumsbeziehungen Streit erhebt, meist auf Zweifel, ob das Gericht oder die

---

„désagréables", „incommodes", wegen „bruit" — „poussière" einregistrirt und blos aus diesen Gründen — meist in II. Klasse, bisweilen aber auch in I. Klasse eingereiht sind. Die Dampfmaschinen sind in die II. Klasse eingereiht . . . Was seit dem Erscheinen des Dufour'schen Werkes (1845) gilt, konnte der Verfasser nicht erheben. Es ist aber wohl sehr zu bezweifeln, daß die Franzosen sich seither entschlossen haben, die Pariser Straßen der Vereinödung Preis zu geben, während die Liste des Ministeriums noch 1845 z. B. Folgendes aufführt:

battoirs à écorces, dans les villes — bruit, poussière, et quelque danger du feu II. Cl. poudrette (Koth = Staub, Düngungsmittel) très mauvaise odeur I. Cl.

Verwaltungsbehörde kompetent sey. Es ist übrigens zu bedauern, daß man gewöhnlich der Aufgabe der Gesetzgebung und vollziehenden Gewalt in Polizeisachen eine zu ausschließliche Richtung auf das Gemeinwesen gibt. Wenn es sich darum handelt, daß ein gemeiner Weg, eine öffentliche Anstalt ꝛc. auch nur im Geringsten belästigt wird, oder der gemeine Nutzen gefördert werden soll, ja selbst bei Sachen des bloßen Wohlanstands wird nicht das geringste Bedenken getragen, das Eigenthum Beschränkungen zu unterwerfen. So z. B. werden Dungstätten, selbst in Orten, welche lediglich eine landwirthschaftliche Bestimmung haben, mit oft recht beschwerlichen Beschränkungen des Eigenthums beseitigt oder eingeengt. Wo es sich aber blos um die Beeinträchtigung der Person oder des Eigenthums des Individuums oder einer bestimmten Zahl von Individuen handelt, da sieht man sich gewöhnlich vergebens um gesetzliche Bestimmungen um, und findet deßhalb schwer Hilfe. Die Polizeibehörden verweisen hier gewöhnlich an die Gerichte, welche aber in der Regel noch weit weniger Hilfe gewähren können. Es rührt dieß wohl vorzüglich von einer unpräzisen oder zu engen Auffassung des Begriffs und Wesens der Polizei her, indem man das ihr allerdings inwohnende Element der Rücksicht auf das Ganze auch in seiner Anwendung exklusiv nimmt, und deßhalb das Individual-Interesse als ganz außer dem Gebiet der Polizei gelegen ansieht. Dieß ist aber schon logisch nicht richtig. Auch der Einzelne ist Theil des Ganzen, und so weit es sich um seine Coexistenz mit Anderen handelt, hat er ganz die gleichen Rücksichten, wie das Gemeinwesen — das Publikum — in Anspruch zu nehmen; dessen nicht zu gedenken, daß eine Gefährdung seiner Individual-Interessen sich sehr häufig auch in näherem oder entfernterem Kreis auf die Interessen des Gemeinwesens erstreckt. Dieser Rücksicht schenkt man wohl da Anerkennung, wo es sich um die Sicherheit der Person handelt. Wenn Jemand eine Schießstätte auf seinem Eigenthum errichten will, so wird er von der Polizei unbedenklich inhibirt, wenn auch nur der nächste Nachbar hievon

Digitized by Google

bedroht und das passirende Publikum vollständig geschützt wäre. Wenn man aber der Individual-Gefährdung des Eigenthums keinen polizeilichen Rechtstitel einräumen will, so ist dieß die höchste Inkonsequenz. Allerdings fällt der Schutz hiefür prinzipaliter dem Privatrecht zu. Allein, insoweit, als das Individual-Eigenthum zu seiner Coexistenz allgemeiner Schutzmittel bedarf, muß sie ihm der Staat durch seine Polizeigesetzgebung und Vollziehungsgewalt noch neben dem privatrechtlichen Schutz gewähren.

§. 3.

Etwas über die gemeinrechtliche Würdigung der Frage.

Das römische Recht enthält einige wichtige Bestimmungen in dieser Materie.

Fr. 8. §§. 5—7. D. si serv. vind. (8. 5.) verbreiten sich über die Fälle, wo Wasser, der Abfall von Steinen bei deren Behauung, und vorzüglich Rauch, namentlich von der bei den Römern üblichen Käse-Räucherung und Bade-Anstalten, auf das benachbarte Gut „immittirt" werden.

Diese Gesetzesstellen sind von

Spangenberg, Archiv für civ. Praxis, Bd. IX. S. 265 ff.

abgehandelt. Die Resultate dieser Abhandlung sind kurz folgende:

— Jeder kann auf seinem Grundstück vornehmen, was ihm beliebt; nur mit der Beschränkung, daß er nichts auf das fremde Grundstück immittiren darf, was dasselbe, oder die Bewohner desselben belästigt. Als Belästigung zur Begründung eines Klagerechts derselben kann aber nicht angesehen werden, was die Folge der gewöhnlichen Benützung (des gewöhnlichen Lebens) ist; wohl aber, was die Folge einer außergewöhnlichen Benützung (der Errichtung von Apparaten zu besondern Zwecken) ist, und eine solche Belästigung der letzteren Art braucht sich der Eigenthümer des fremden Grundstücks nur dann gefallen zu lassen, wenn sein Gegner

Digitized by Google

hiezu eine Servitut erworben hat. Es kann also nicht geklagt werden, wegen des Rauchs, der sich durch Heizen, die Speisebereitung ꝛc., des Staubs, der sich durch die gewöhnliche Reinigung des Hauses, der Kleider ꝛc. ergibt, wogegen der Nachbar eine Anstalt des benachbarten Getreidehändlers zur Reinigung seines Getreides, wodurch ihm stets der hiedurch erregte Staub zugeführt wird, nicht zu dulden braucht. Das Gesetz setzt voraus, daß dasjenige, was immittirt wird, etwas Körperliches sey, wie das Wasser, der Steinkrums und der Rauch. Es begreift also den Fall nicht, wo durch die Ausübung des Gewerbes die Sinne auf andere Weise unangenehm afficirt werden. Daß das Letztere weggeräumt werde, kann nur den Umständen nach Gegenstand der Polizei, nicht des Rechts, welches unter zwei Privatpersonen verfolgt werden kann, seyn; wogegen die Immission körperlicher Sachen allein Gegenstand jener Rechtsverfolgung ist. Nach Fr. 2. §. 29. D. ne quid in loc. publ. ꝛc. (48. 8.) findet ein unserer Polizei-Abhilfe entsprechendes Interdikt statt, „si odore solo locus pestilentiosus fiat“ (vergl. Fr. 17. §. 2. D. si serv. vind. (8. 5.) —

Es kommen zwar noch einige gesetzliche Bestimmungen vor, welche schon hieher bezogen wurden, so z. B. l. un. C. de stud. lib. (XI. 18), auch aus dem kanonischen Recht c. 2. de immun. ecclesiar in VIto (3. 23); allein sie sind für unsere Frage nicht zutreffend.

§. 4.

Das württembergische Recht.

a) Privatrechtlicher Gesichtspunkt.

Es ist bekannt, daß das württembergische Recht in der Lehre vom Eigenthum und den Servituten keine allgemeine Bestimmungen enthält.

Einzelne spezielle Bestimmungen, welchen eine privatrechtliche Bedeutung gegeben werden kann, finden sich wohl, wie namentlich in der Bauordnung Tit. 28, die an den Häusern der Gewerbetreibenden, z. B. Bäcker, angebrachten Vordächer, Läden, Fenster weggesprochen werden, wobei neben

Digitized by Google

polizeilichen Motiven auch der Beschwerniß und des Nachtheils für die Nachbarn, namentlich Entziehung der Aussicht Erwähnung geschieht. Allein derartige Bestimmungen können um deßwillen kaum praktisch werden, weil sie mit dem polizeilichen Gesichtspunkte enge verbunden sind; es wird also in solchen Fällen in der Regel schon die Rücksicht auf das Gemeinwesen entscheiden, und wenn dieß nicht der Fall ist, auch der Nachbar kein besonderes Recht durchführen können.

b) Oeffentlich rechtlicher Gesichtspunkt.

Wie schon oben berührt wurde, kommen hier theils die allgemeinen Polizeigesetze, theils die Gewerbe-Gesetze in Betracht. Diese Distinktion begründet aber keine innere Verschiedenheit; den Gewerbegesetzen liegen die allgemeinen Polizeigrundsätze zu Grund; der Unterschied liegt nur darin, daß diese Grundsätze gegenüber von einem Gewerbsmann und auf den Grund der ihm von dem Staat ertheilten Befugnisse zur Geltung kommen.

Die württembergischen Polizeigesetze stellen nicht etwa allgemeine Prinzipien darüber auf, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise das Treiben oder die Eigenthumsbenützung beschränkt seyn soll oder durch die Polizei gehindert werden könne, um nachtheilige oder unerträglich lästige Einwirkungen auf Personen und Eigenthum des Andern zu beseitigen; sie enthalten blos Bestimmungen in Beziehung auf gewisse Handlungen und Eigenthumsverfügungen, welche untersagt oder nur innerhalb gewisser Schranken zuläßig seyn sollen.

Allerdings ließen sich auch aus solchen einzelnen, in bestimmten Beziehungen gegebenen Normen allgemeine Grundsätze abstrahiren, und es geschieht dieß auch, besonders da, wo eine größere Zahl solcher Normen, zumal Strafnormen, auf den gleichen Grundsatz hinweisen und sehr wichtige Interessen betreffen, und so wird namentlich unbedenklich als Grundsatz angenommen, daß jede dem Leben oder der Gesundheit Anderer Gefahr drohende Handlung und Eigenthumsbenützung

Digitized by Google

polizeilich gehindert werden könne, wenn auch keine gesetzliche Bestimmung für den gegebenen Fall vorliegt. Schon bedenklicher ist man aber da, wo blos das Eigenthum Anderer gefährdet erscheint; doch wird auch hier die polizeiliche Befugniß zur Inhibition ohne ausdrückliches Verbot, also auf bloße Abstraktion aus andern Bestimmungen oder Analogie hin, in den Fällen statuirt, wo das Gemeinwesen überhaupt bedroht ist, also z. B. die Häuser oder Güter einer ganzen Gemeinde, öffentliche Anstalten u. dergl.; da aber, wo es sich blos um Störungen des Genusses des Eigenthums oder Belästigung der Person des Andern handelt, werden andere Abstraktionen und Analogieen nicht leicht zur Anwendung gebracht. Freilich hat dieß schon darin seinen guten Grund, daß die Polizeigesetze derartige Normen für bestimmte Fälle selten geben und diese in der Regel von besonderer Natur sind. Für unsern Fall ließe sich aus der Analogie der oben erwähnten Bestimmung der Bauordnung, sowie noch aus manchen andern Bestimmungen derselben, z. B. tit. 12, tit. 22, tit. 41 wenigstens der Satz analog ableiten, daß das Eigenthum von Wohnstätten zu Gunsten der Nachbarn wie des Gemeinwesens solchen Beschränkungen unterworfen werden könne, welche, auch ohne gerade Gefahr für Personen und Sachen zu bringen, durch die natürlichen Zwecke des Zusammenwohnens geboten sind.

Die Frage ist jedoch eine andere, wo, wie dieß in Württemberg der Fall ist, gesetzlich die Grundsätze über die Bedingungen des Betriebs eines Gewerbes bestimmt sind, und der Gewerbsbetrieb auf einem Erkenntniß der Staatsbehörde, daß solche vorhanden seyen, ruht. Hier wird es natürlich doppelt schwierig, den Beschwerden der Nachbarn und des Publikums nachträglich abzuhelfen. Solche Erfahrungen waren es ohne Zweifel, welche eine erst lange nach dem Erscheinen des Gesetzes selbst erfolgte Anordnung hervorriefen, daß vor Ertheilung der Erlaubniß eine öffentliche Provokation wegen etwaiger Einsprachen einzuleiten sey.

Digitized by Google

§. 5.

Die Bestimmungen der württembergischen Gewerbe-Gesetzgebung.

Auszug aus der allgemeinen Gewerbeordnung vom 5. August 1836.

Art. 2.

Vorbedingungen jedes Gewerbebetriebs.

Wer ein ꝛc. Gewerbe auf eigene Rechnung betreiben will, hat hievon dem ersten Vorsteher der Gemeinde ꝛc. Anzeige zu machen und die Erfüllung der in dem gegenwärtigen Gesetze ꝛc. vorgezeichneten Bedingungen des beabsichtigten Gewerbetriebs nachzuweisen ꝛc.

Art. 3.

Fortsetzung.

Keinem Staatsbürger, welcher die durch das Gesetz vorgeschriebenen Bedingungen erfüllt hat, kann die Ausübung des hiedurch bedingten Gewerbes untersagt werden.

In den Einrichtungen und dem Betriebe des Gewerbes ist er den für dasselbe bestehenden polizeilichen und finanziellen Vorschriften unterworfen.

Art. 4.

Polizeiliche Aufsicht über die Gewerbe.

Hierher gehören namentlich:

a) die Beobachtung der allgemeinen und der besonderen Feuerpolizei-Gesetze und Verordnungen;

b) die für einzelne Gewerbe, welche die Luft oder das Wasser verunreinigen, durch Rücksichten der Gesundheits- und Wohlfahrtspolizei gebotene Entfernung von Ortschaften und Wohngebäuden;

c) bei Gewerben, die entweder gesundheitsgefährliche Stoffe bearbeiten, oder, wo die Art der Bearbeitung gefährlich werden kann, die Vorsichtsmaßregeln zur Sicherheit des Publikums."

ꝛc. ꝛc. ꝛc.

(Es werden noch sechs weitere Fälle aufgezählt.)

Digitized by Google

Verfügung des K. Ministerium des Innern vom 21. Sept. 1854,

enthält eine Anordnung des wesentlichen Inhalts (soweit er hieher gehört), daß bei dem polizeilichen Erkenntniß über die Errichtung oder Veränderung von solchen gewerblichen Anlagen, welche durch die örtliche Lage oder die Beschaffenheit der Betriebsstätte für die Besitzer oder Bewohner benachbarter Grundstücke oder für das Publikum überhaupt erhebliche Nachtheile oder Belästigungen herbeiführen können, von dem Oberamt eine öffentliche Bekanntmachung des Vorhabens mit der Aufforderung ergehen soll, etwaige Einwendungen gegen den beabsichtigten Gewerbebetrieb binnen bestimmter Frist zu erheben. Im Fall solche erfolgen, wird ein Verfahren — erforderlichenfalls mit Gutachten von Sachverständigen — eingeleitet, und dann über das Konzessionsgesuch erkannt, gegen welches Erkenntniß sowohl dem, der das Konzessionsgesuch gestellt hat, als denen, welche Einsprache erhoben haben, ein Rekurs an die höhere Behörde zusteht. Ueber Androhung oder Eintritt eines mit der Aufforderung verbundenen Präjudizes enthält die Verfügung nur eine indirekte Bestimmung, woraus hervorgeht, daß eine nach der gesetzten Frist einlaufende Einsprache bei dem polizeilichen Erkenntniß über die in Frage stehende Gewerbseinrichtung nicht beachtet wird.

§. 6.

Zur Auffassung und Auslegung der Frage nach diesen Bestimmungen.

1) Nach der Gewerbeordnung ist zwar der Grundsatz an die Spitze gestellt, daß jedem Staatsbürger an sich das Recht zusteht, Gewerbe zu betreiben, und man kommt in Ansicht derselben, besonders auch des Art. 4 leicht zu der Auffassung, als treten hiebei blos gewisse Negativen und Beschränkungen ein. Praktisch gestaltet sich aber die Sache vermöge des Ineinandergreifens der verschiedenen Grundsätze etwas anders.

Schon der Umstand, daß der Gewerbsunternehmer in der

Regel Baulichkeiten bedarf, deren Einrichtung in mancherlei Beziehungen der Genehmigung der Polizeigewalt unterliegt, macht sein Unternehmen bis zu einem gewissen Grad von der Frage abhängig; denn die Baupolizeibehörde kann ihm die Bauerlaubniß wenigstens nicht zu dem beabsichtigten Bauwesen ertheilen, und er wird in der Regel selbst nicht bauen wollen, so lange noch Einsprachen gegen den beabsichtigten Fabrikbetrieb vorliegen oder drohen. Sodann sind Fabriken, welche in die zünftigen Gewerbe eingreifen, durch die Konzession der Staatsregierung bedingt (A. G.O. Art. 116). Allein einestheils wird in diesen Fällen der in Frage stehende Punkt nicht immer, wenigstens nicht vollständig, erörtert, anderntheils bleiben immer noch andere Fälle genug bevor, wo der Art. 4 der A. G.O. zur Anwendung gebracht werden muß. Die ersten Akte der Polizei, welche lediglich die Frage betreffen, ob ein Gewerbe und ob es in dieser oder jener Weise betrieben werden könne, haben in der Regel blos die Natur von Akten der Staatsverwaltung; es kommen zwar auch schon hier die rechtlichen Fragen, z. B. ob eine für die Person und das Eigenthum des Nachbars drohende Gefahr im Wege stehe, in Erwägung; allein den Charakter eines Akts der Verwaltungsjustiz nimmt die Sache erst an, wenn die Frage über das Recht des Gewerbeunternehmers gegenüber von den Nachbarn oder dem Gemeinwesen zur wirklichen Erörterung, d. h. zur Verhandlung oder wenigstens zu einem Beschwerdeverfahren kommt. Nach dem Gesetz selbst konnte ein Fabrikunternehmer die Konzession der betreffenden Gewerbepolizeibehörde und dazu die Genehmigung der betreffenden Baupolizeibehörde zu den proponirten Einrichtungen erlangt haben, und, wenn das Werk im Gang war, konnten die früher vielleicht gar nicht oder doch nicht über die wesentlichen Fragen vernommenen Nachbarn Beschwerde erheben, daß hiedurch ihr Zusammenwohnen unerträglich geworden, daß sie zur Inhibition eines derartigen Geschäftsbetriebs berechtigt seyen. Durch die vorgegangenen Akte der Konzession, Baugenehmigung ꝛc. war natürlich diesen Einsprachen

Digitized by Google

nicht derogirt; es mußte hierüber jetzt erst verhandelt und entschieden werden. Die Ministerial-Verfügung vom 21. Sept. 1854 schreibt nun ein Provokationsverfahren mittelst Ediktalladung vor, welches mit den sonstigen Akten der Polizeigewalt Hand in Hand geht*). Ob nun gleich durch diese bloße Vollziehungsverordnung zum Gesetz — an diesem selbst bezüglich der hienach bestehenden Rechte der Betheiligten nichts geändert werden konnte und wollte, so begründet doch das hienach stattfindende Provokationsverfahren (welches dem Gesetz durchaus nicht zu nahe tritt, da ein solches Verfahren nach allgemeinen Gundsätzen gerechtfertigt und sogar motivirt ist und auf den Grund des Gesetzes selbst von dem Fabrikunternehmer zu seiner Sicherheit hätte beantragt werden können) die natürlichen Folgen, einmal, daß das hierauf erfolgende Erkenntniß die Rechtskraft erhält, deren überhaupt ein derartiges Erkenntniß fähig ist, und dann, daß es auch bezüglich derjenigen Betheiligten, welche gar nicht aufgetreten sind, die Wirkungen äußert, welche überhaupt Ediktalien hervorbringen.

Was den letzteren Punkt betrifft, so hat die Verfügung selbst Nichts hierüber gesagt; sie spricht wenigstens nicht ausdrücklich von einem Präjudize. Die Frage über die Folgen, welche in einem solchen Fall einzutreten hätten, ist eine zweifelhafte und bestrittene und vielleicht gerade um deßwillen in der Verfügung unberührt geblieben, weil ihre Beantwortung außer dem legislativen Weg Bedenken hatte. Sie ist daher als eine offene anzusehen, und soll auch hier offen gelassen werden, da eine nähere Erörterung hierüber zu weit führen würde und ihre Beantwortung im Allgemeinen selten praktisch werden, vielmehr die Frage meist in den Umständen des einzelnen Falls eine einfachere Erledigung finden wird **).

*) Aehnliches Verfahren findet in Preußen nach der Gewerbeordnung §. 29 vgl. mit §. 27 und in Frankreich (vergl. oben §. 1 in der Note) statt.

**) Daß nicht unbeschränkt ewiges Stillschweigen (das gewöhnliche Präjudiz solcher Ladungen) auferlegt werden kann,

Digitized by Google

Was dagegen den Fall einer wirklich erfolgten Verhandlung und Entscheidung der provocirten Einsprachen betrifft, so liegt viel für die Annahme vor, daß der Gewerbtreibende durch das rechtskräftige Erkenntniß ein Recht auf den Betrieb erworben habe, welches ihm nicht mehr durch spätere Einsprache entzogen werden könne. Es läßt sich jedoch gegen diese Annahme einwenden, daß eine Rechtskraft bei Fragen des öffentlichen Rechts nicht in dem Umfang wirken könne, daß dadurch den Rücksichten der Staatsaufsicht derogirt würde. Absolute Gebote des Gemeinwohls bleiben fortwirkend, auch wenn sie, sey es aus welchem Grund, bisher nicht zur Geltung gekommen sind. Wenn nun auch dem, welcher Einsprache erhoben hat, durch das auf eingeleitetes Verfahren ausgesprochene Erkenntniß das Recht auf Hinderung insoweit abgesprochen ist, als blos er selbst hiebei betheiligt ist, so müßte doch die Polizeigewalt auf seine Anregung ebenso, wie von Amtswegen das Recht haben, jetzt erst insoweit, als das Interesse des Gemeinwesens, des Publikums, betheiligt oder selbst unveräußerliche Rechte des Einzelnen betroffen wären, die Beschränkung eintreten zu lassen, welche früher nicht als begründet erfunden oder versäumt wurde. Wenn der Betrieb einer chemischen

---

folgt schon daraus, daß hier eine spezielle Provokation in der Regel ganz wohl zuläßig wäre. Setzen wir, daß ein Fabrikant eine Anstalt errichtet, welche thierische Stoffe zubereitet, so haben zwar wohl die unmittelbaren Nachbarn allen Grund, ihre Einsprache geltend zu machen; allein man kann doch gewiß nicht erwarten, daß die Nachbarn eines ganzen größeren Rayons auftreten. Zeigt sich nun später, daß die Anstalt die Luft in ganz unvorgesehener Weise auf weite Kreise hinaus verpestet, so kann man den nun auftretenden Beschwerdeführern das Präjudiz des Stillschweigens nicht entgegenhalten. Sie können mit Recht repliciren, es wäre (nach den bestehenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen über Provokationen und Ediktalien) Sache des Unternehmers gewesen, sie speziell zu provociren, da dieser den Umfang der Wirkungen des von ihm beabsichtigten Unternehmens habe voraussehen können und sollen, was ihnen nicht möglich gewesen sey.

Digitized by Google

Fabrik auch rechtskräftig als statthaft erkannt ist, und es zeigt sich später, daß derselbe die Nachbarn nach und nach vergiften würde, so wird Niemand die Heiligkeit der Rechtskraft geltend zu machen wagen! Welche Ansicht man aber auch hierüber haben mag, so ist so viel unzweifelhaft, daß auf den Grund sich neu ergebender Thatsachen, sowie wegen neuer Beweise eine solche Beschränkung nachträglich beantragt und erkannt werden kann, da die Grundsätze der restitutio ex capite novorum auch in Sachen des Verwaltungsrechts, ja hier sogar mit mehr Grund vernünftigerweise angewendet werden müssen und auch wirklich täglich angewendet werden. Wenn also z. B. ein Gewerbebetrieb in Folge neuer Methoden ꝛc. erst später die im Gesetz bezeichneten Mißstände herbeiführt, oder wenn ein früher das Erkenntniß motivirendes Gutachten von Sachverständigen sich später durch den in anderer Weise vollständig nachzuweisenden Erfolg als unrichtig ergibt u. dgl., so ist ein neues Verfahren und Erkenntniß statthaft. Man wird sogar annehmen können, daß ein solcher Vorbehalt der Natur der Sache und dem gewöhnlichen Gang der Dinge entspricht. Man findet es in den Gutachten der Experten selbst häufig ausgesprochen, daß es nicht möglich sey, die Erfolge genau vorher zu bestimmen, besonders auch um deßwillen, weil solche zugleich wesentlich von dem mehr oder weniger geschickten und sorgfältigen Verfahren bei den Operationen des Betriebs abhängen. In solchen Fällen sollten, wie dies auch wirklich in der Praxis bisweilen geschieht, der Genehmigung solcher Einrichtungen, beziehungsweise dem Erkenntniß über die erhobenen Einsprachen, ausdrückliche Vorbehalte, einmal wegen der sich etwa als nöthig ergebenden Auflage weiterer Maßregeln von Seiten der Polizeibehörde, und dann wegen Ersatzes des sich etwa ergebenden Schadens beigefügt werden.

2) Was sodann die hieher bezüglichen Bedingungen einer solchen Beschränkung betrifft, so ist zu bemerken, daß dieselben aus allgemeinen polizeilichen Grundsätzen hervorgehen, welche in dem Gewerberecht blos eine spezielle Anwendung finden. Niemand wird bezweifeln, daß, wenn sich Jemand beigehen

Digitized by Google

lassen wollte, mitten in einem bewohnten Orte eine Pulvermühle zu errichten, oder Leichname und Thierkadavers macériren zu lassen, ohne das Eine oder das Andere gerade als Gewerbe zu betreiben, die Polizei das Recht und die Pflicht hätte, einem solchen Dilettantismus in den Weg zu treten, obgleich keine besondere polizeiliche Verbote dießfalls bestehen. Schon dies weist darauf hin, daß man überhaupt nicht blos bei dem Wortlaut des Art. 4 stehen bleiben kann. Es liegen aber auch in dem Gesetz selbst Gründe hiefür. Wenn nemlich gleich in Art. 4 nur Verunreinigungen der Luft und des Wassers genannt sind, so heißt es doch: zu den polizeilichen ꝛc. Vorschriften, welchen sich zu unterwerfen sey, gehöre namentlich ꝛc. ꝛc. die für einzelne Gewerbe durch Rücksichten der Gesundheits- und Wohlfahrtspolizei gebotene Entfernung von ꝛc. ꝛc. Wohngebäuden. Das Incisum: „welche die Luft oder das Wasser verunreinigen", ist daher nach den allgemeinen Auslegungsregeln als eine blos enunciative Bestimmung anzusehen,

vgl. Wächter, Handbuch des Württ. Privatrechts, Bd. II. §. 23. S. 137.

Es ist sonach anzunehmen, daß der Gesetzgeber jede auch durch andere Gründe, Störung der Gesundheit und Wohlfahrt, gebotene Entfernung unter der Disposition des Gesetzes begriffen, und wann er gleich blos die Verunreinigung der Luft und des Wassers als eine die Entfernung gebietende Rücksicht nannte, doch auch andere Gründe, welche eine gleich dringende, oder, was häufig vorkommen kann, noch dringendere Rücksicht begründen, beachtet wissen will. Hätte er blos die Verunreinigung von Luft und Wasser als ausschließlichen Grund gelten lassen wollen, so hätte er die Gesundheits- und Wohlfahrtspolizei gar nicht anzuführen gebraucht, denn dieses Motiv ergab sich von selbst. Auch wäre es widersinnig, wenn er die gesundheits- und wohlfahrtspolizeiliche Rücksicht blos in Beziehung auf Verunreinigung der Luft und des Wassers und nicht bezüglich anderer, solche ebenso sehr oder noch weit mehr motivirenden Thatsachen gelten lassen wollte; wenn er

Digitized by Google

z. B. für zuläßig erklären wollte, daß Jemand durch den Anstrich des Hauses seines Nachbars das Augenlicht einbüßte, oder durch ein Klopfwerk in demselben ein geschwächtes Gehör davon trüge, während er dem übeln Geruch eines die Luft verunreinigenden, der Gesundheit jedoch ungefährlichen chemischen Stoffes aus Gründen der Wohlfahrtspolizei entgegentritt. Es ist die vorstehende Auslegung um so besser begründet, als das Wort namentlich deutlich zu erkennen gibt, daß die in der Aufschrift ausgedrückte „polizeiliche Aufsicht" nicht auf die aufgezählten Momente beschränkt werden wollte. Auch war schon nach der Natur des Gegenstandes eine genau formulirte Abgrenzung nicht ausführbar. Es hängt bei diesem Moment, wie bei den weiter aufgeführten, viel von den Umständen ab. Es kann ganz wohl mit der Wohlfahrtspolizei vereinbar seyn, eine Leimsiederei in einem Theil einer Stadt zu dulden, welcher an einem fließenden Wasser liegt und an welchem sich ebendeßhalb bereits Gerber und andere den Geruchssinn beleidigende Gewerbe angesiedelt haben; allein eine Leimsiederei in die schönste Hauptstraße einer Stadt zu versetzen, wo Leute sich oft mit großen Kapitalien angesiedelt haben, um unbelästigt leben zu können, und von anderen, die gleiche Zwecke haben, die Prozente ihres Kapitals zu beziehen, hieße so viel, als einen Stadttheil ohne allen Grund ruiniren, weil derselbe bald verlassen stehen würde, und es wäre dies um so mehr ein grober Verstoß wider die Vernunft, als hiemit am Ende der ganzen Stadt geschadet wäre. Was hier von der Leimsiederei gesagt ist, gilt ganz ebenso von solchen Gewerben, welche ein unerträgliches Getöse machen. Das Kaltschmied-Gewerbe kann ganz wohl in einem Stadttheil geduldet werden, wo Mühlen und andere lärmende, oder sonstige durch den Lärmen nicht zu störende Gewerbs-Etablissements sich befinden; seine Duldung in einem Stadttheil, welcher vorzugsweise für Unterrichts-Anstalten, Wohnungen von Leuten, welche der Wissenschaft leben, Musik treiben, u. dgl. bestimmt ist, wäre eine Widersinnigkeit, welche man dem Gesetzgeber gar nicht zutrauen darf.

Digitized by Google

Die vorstehende Auslegung erhält in der Geschichte des fraglichen Gesetzes wenigstens eine allgemeine Stütze. In dem bei den Ständen eingebrachten Gesetzesentwurf, waren die Art. 3 und 4, soweit sie oben mitgetheilt sind, ganz so, wie sie jetzt in dem Gesetz stehen, enthalten. In dem Begleitungsvortrag ist gesagt, daß die hier vorliegenden Aufgaben der Polizeigewalt in dem Gesetz nicht erschöpft werden können, besonders da die wandelbare Natur der Verhältnisse sich jeder Enumeration entziehe, daß daher die näheren Vorschriften der ausübenden Polizei überlassen werden müssen, und in Art. 4 bloß einige Hauptgesichtspunkte aufgezählt seyen, unter welchen die Ausübung des Gewerberechts einer aus allgemeineren Rücksichten und Vorschriften fließenden Einwirkung der Polizeigewalt unterliegen könne, wobei noch besonders beabsichtigt worden sey, durch die unter b (und einigen weiteren Punkten) aufgestellten Sätze dem oft gefühlten Mangel einer positiven Ermächtigung der Polizei die hier bezeichneten Gegenstände ihrer Fürsorge zu unterwerfen, zu ergänzen.

Verh. d. K. d. Abg. von 1826 und 1827, 1. Heft, S. 349, 350, 416, 417.

Bei den Kammerverhandlungen fanden die eingebrachten Bestimmungen und deren Prinzip nicht den geringsten Widerspruch, es wurden vielmehr dem Art. 4 noch einige weitere Bestimmungen beigefügt, welche von der Tendenz der Kammer zeugen, der Polizeigewalt bezüglich des Einschreitens gegen Gefährdung und Verkürzung des Einzelnen, wie des Gemeinwesens einen freieren Spielraum zu geben.

Verh. d. K. d. Abg. von 1828, erstes außerordentliches Beilagenheft S. 128. Prot. Heft II. S. 409 ff., Heft IV. S. 1089.

Die Bemerkung in dem Begleitungsvortrag über die wandelbare Natur der Verhältnisse, trifft für unsern Fall ganz zu. Damals dachte man noch nicht daran, daß die Bewohner eines belebten Stadttheiles in den Fall kommen könnten, ihre Sinne und Häuser mit durch zwanzig Pferdekräfte in Bewegung gesetzten Hammerwerken erschüttern lassen zu sollen!

Digitized by Google

Hiernach kann das Recht und die Pflicht der Polizeigewalt auch außer den Fällen der Verunreinigung von Luft und Wasser die Entfernung von Ortschaften und Wohngebäuden zu verfügen, wenn solches durch Rücksichten der Gesundheits- und Wohlfahrtspolizei geboten erscheint, keinem Zweifel unterliegen.

3) Was nun aber die Grenzen betrifft, innerhalb der sich die Polizeigewalt bei der vorliegenden Frage zu bewegen hat, so ist es eben so sehr in der Natur der Sache, als in den Gesetzen, insbesondere dem Art. 4 der allgemeinen Gewerbe-Ordnung begründet, daß hier nur das Ermessen entscheiden kann. Das Prinzip des in die Hände der Polizeigewalt gelegten Ermessens wird häufig mit großem Bedenken und selbst einem gewissen Mißtrauen aufgenommen. Es ruht dieß zunächst darauf, daß man zwischen Ermessen und bloßem Gutdünken (ebenfalls zu unterscheiden von bloßer Willkühr) nicht gehörig unterscheidet. Auch in Sachen des Privatrechts ist es nicht zu umgehen, den Gerichten hie und da eine Entscheidung nach dem Ermessen einzuräumen, und selbst von dem sonst so präzis ausgebildeten römischen Recht wirklich eingeräumt; nur bildet das fragliche Prinzip hier die Ausnahme, wogegen es in Polizeisachen der Natur der Sache nach die Regel bildet. Das entscheidende Kriterium für das Ermessen im Gegensatz gegen das bloße Gutdünken liegt in der Gebundenheit an die bei der Entscheidung in Frage kommenden rechtlichen und thatsächlichen Momente.

Wenn auch das bloße Ermessen entscheidet, muß nichtsdestoweniger geprüft werden, welche Rücksichten sind den besonderen Umständen des Falls nach den einschlagenden allgemeinen oder besonderen Gesetzen oder Rechtsgrundsätzen für dieses und andere ähnliche Verhältnisse zu schenken, wie würde der Gesetzgeber, wenn er für einen Fall mit den vorliegenden konkreten Umständen ein Gesetz gegeben hätte, solches gegeben haben; bei dem Gutdünken würde jede gutgemeinte Erwägung, gründe sie sich auf an sich bestehende, aber nicht bieher bezügliche, oder selbst geschaf-

Digitized by Google

sene Grundsätze — bei der Entscheidung mitwirken können. Wenn ein Gericht z. B. bei einer Schadensersatzklage die Größe des Schadens nach seinem Ermessen zu bestimmen hat, so hat es zu erwägen, welche der vorliegenden Umstände kommen nach den Gesetzen und Grundsätzen des Rechts in Betracht und wie kommen sie in Betracht, ist bloß auf die dermaligen positiven Verluste, oder ist auch auf das Entgehen möglicher, künftiger Vortheile zu sehen, wie hoch sind diese Verluste, beziehungsweise Vortheile in Vergleichung mit andern derartigen Verhältnissen anzuschlagen, inwiefern kommt hiebei dieser oder jener Umstand des gegebenen Falls in Rücksicht u. dgl., nicht aber: ist die Handlung, welche den Schaden gestiftet hat, eine besonders verwerfliche, sprechen besondere Billigkeitsgründe für das betroffene Individuum; liegen rechtspolitische Gründe vor, den Schaden in Fällen, wie der vorliegende reichlich zu vergüten u. dgl. Dies findet ganz die gleiche Anwendung da, wo die Polizeigewalt nach Ermessen zu entscheiden hat. So kommt in unserem Fall in Betracht, ob das Getöse eines Klopfwerks so bedeutend ist, daß es eine mit den Grundsätzen der Wohlfahrtspolizei unverträgliche Störung der bestimmungsgemäßen Eigenthumsbenützung der Nachbarn zur Folge hat, nicht aber etwa, ob nationalökonomische Rücksichten es begründen würden, dem gewerblichen Treiben mehr Rücksicht zu schenken, als dem Häuserbesitz. Dieser Grund wäre ein Moment für die Erwägungen des Gutdünkens, welches nur bei solchen Fragen entscheidend werden kann, wo es sich nicht um ein dem Staatsbürger an sich zustehendes Recht, sondern um fakultative Akte der Staatsgewalt und Staatsverwaltung, wie bei Konzessionen, Dispensationen u. dgl. handelt, und welche eben deßhalb auch nicht Gegenstand einer Beschwerde auf dem Administrativ-Justizweg werden können (wie dieß ganz entsprechend der Theorie in Württemberg (vgl. Verordn. vom 3. Mai 1837), ausgesprochen ist.

Es wäre nun allerdings gut, wenn in dem Gesetz selbst wenigstens Anhaltspunkte für ein solches Ermessen gegeben wären; denn es ist nicht zu läugnen, daß das Ermessen, liege

Digitized by Google

es in der Hand der Gerichte oder der Polizeibehörden, ohne einen solchen Stützpunkt leicht selbst bei dem besten Willen in bloßes Gutdünken und am Ende sogar Willkühr übergehen kann. So wird man mit der Vorsorge für Leben und Gesundheit bei vorherrschenden Impulsen der Humanität leicht zu weit geführt, und zwar ohne Sicherheit zu erzielen. Wir erinnern hier an die Maßregeln gegen manche Geheimmittel, wie z. B. gewisse Pillen, welche hauptsächlich um deßwillen verpönt sind, weil ihre Zusammensetzung den Gerichtsärzten nicht genau bekannt ist, während sie gerade um deßwillen von allen Klassen des Publikums desto gieriger gebraucht werden und die strengste Aufsicht über Giftverkäufe nicht einmal im Stande ist, den böslichen Mißbrauch von Giften zu verhindern. Bei der Sicherstellung des Eigenthums gegen Beeinträchtigung durch ein an sich statthaftes Treiben Anderer ist man, soweit nicht etwa das gemeine Wesen berührt wird, im höchsten Grad bedenklich. Die Gesetzgebung ignorirt diese Rücksicht fast ganz, und die vollziehende Gewalt ist hiedurch, sowie durch manche andere Rücksichten so beengt, daß sie oft selbst über die Folgen des herrschenden Systems erschrickt. Wie die Schärfe und Konsequenz des römischen Rechts auch in Sachen der Polizei, der wesentlichen Veränderung aller einschlagenden Verhältnisse unerachtet, leitend werden kann, zeigt sich auch in unserem Fall. Nach dem Obigen liegt demselben bezüglich der privatrechtlichen Bestimmungen über Eigenthumsbenützung im Wesentlichen das Prinzip zum Grund, daß sich der Nachbar das gefallen zu lassen hat, was eine Folge der gewöhnlichen Benützung ist, daß dagegen eine außergewöhnliche Benützung, namentlich Errichtung von Apparaten zu besonderen Zwecken durch die Rücksicht auf die Interessen des Nachbars beschränkt werden kann. Dieses Prinzip ist auch für unsere Frage sehr passend. Nimmt man hiezu das weitere, in der staatlichen Ordnung überhaupt begründete, daß die verschiedenen Interessen auf eine das Zusammenbestehen bestimmungsgemäß ermöglichende Weise aufrecht zu erhalten sind, so erhält man ganz natürliche und vernunftgemäße

Grenzen für die durch die Wohlfahrtspolizei aufzuerlegenden Beschränkungen. Nie dürfen sie über die vernunftgemäß gebotene Aufrechterhaltung der absolut nöthigen Bedingungen der bestimmungsmäßigen Coexistenz hinausgehen, innerhalb dieses Kreises aber sind sie motivirt und berechtigt. Eine Fabrikeinrichtung u. dgl. darf also nicht die Nachbarhäuser durch Eindringen körperlicher Stoffe affiziren (was, obgleich schon privatrechtliches Hinderniß, doch auch von der Polizei zu beachten ist), sie darf nicht die Nachbarn durch das Zerspringen des Dampfkessels mit Verletzung der Person, nicht mit Vernichtung des Eigenthums bedrohen, sie darf sie aber auch nicht an der bestimmungsgemäßen Bewegung ihrer Person, z. B. an dem Betreiben ihrer ordentlichen Arbeitsthätigkeit, noch an der bestimmungsgemäßen Benützung ihres Eigenthums, wie Vermiethung u. dgl., hindern oder wesentlich beeinträchtigen. Damit ergibt sich von selbst, daß ein Klopfwerk, das mitten unter andern lärmenden Gewerbs-Etablissements ganz wohl geduldet werden kann, aus einer principaliter für einen ungestörten Wohnaufenthalt bestimmten Straße weggewiesen werden kann und muß. Bei Unternehmungen für die Zwecke des Gemeinwesens, wo das Expropriationsrecht eintritt, wird allerdings auch mit diesen Anhaltspunkten eine gewisse Härte gegen den Einzelnen nicht zu vermeiden seyn. Allein hier liegt schon in dem Entschädigungsrecht ein Temperament und wo dieß wegen Mangels einer unmittelbaren Enteignung oder Beschädigung nicht Platz greift, da wird in den meisten Fällen eine Ausgleichung dadurch hergestellt werden, daß durch solche Unternehmungen den betroffenen Nachbarn wieder andererseits indirekte Vortheile zugehen. Wir erinnern hier nur an die Eisenbahnen.

§. 7.

Kurz zusammengefaßtes Resultat.

1) Privatrechtlich findet nur gegen solche Belästigungen durch die Eigenthumsbenützung des Nachbars Hilfe statt, welche durch Immission körperlicher Stoffe, Rauch, Staub ꝛc. erfolgen, sofern dieß eine Folge einer außergewöhnlichen Benützungs-

Digitized by Google

weise, namentlich mittelst besonderer Anstalten, hiefür geschieht (§. 3 und 4 a).

2) Polizeiliches Einschreiten findet in Fällen statt,

a) wo die Eigenthumsbenützung in einer Weise geschieht, daß das Leben oder die körperliche Integrität der Nachbarn oder des Publikums überhaupt gefährdet werden;

b) insbesondere, wenn Luft und Wasser auf eine den Rücksichten der Gesundheits- und Wohlfahrtspolizei zuwiderlaufende Weise verunreinigt werden, oder

c) die Gesundheit auf andere Weise, als durch Verunreinigung von Luft und Wasser gefährdet wird, also z. B. durch einen solchen Anstrich des Hauses, wodurch nach ärztlichem Ausspruch dem Augenlicht der Nachbarn geschadet würde, oder durch ein Getöse, wodurch eine Schwächung des Gehörs der Nachbarn zu befürchten wäre und dgl., endlich

d) auch in Fällen, wo eine besondere Art von Eigenthumsbenützung die Nachbarn an der bestimmungsgemäßen Benützung ihres Eigenthums wesentlich hindert, oder das Publikum bezüglich der Benützung von Sachen und Anstalten, welche dem öffentlichen Gebrauch gewidmet sind, z. B. Straßen, stört, also namentlich durch ein Getöse, einen Geruch, welche, ohne gerade die Gesundheit zu gefährden, doch die Sinne auf eine mit den bestimmungsgemäßen Wohnzwecken unverträgliche Weise affizirt (§. 6 Pkt. 2).

3) Die Kognition über solche Fragen und Fälle hängt von dem Ermessen der Polizeibehörden ab, welches durch die für den gegebenen Fall in Frage kommenden rechtlichen und thatsächlichen Momente — nicht sonstige mit der Sache selbst nicht zusammenhängende, z. B. nationalökonomische Rücksichten — geleitet werden muß (§. 6 Pkt. 3).

4) Die Polizeibehörde kann in solchen Fällen zu jeder Zeit einschreiten; wegen absoluter Gebote des Gemeinwohls und in Fällen einer Privateinsprache, wenn die Frage noch nicht zum Verfahren und zur Kognition der Polizeibehörden gekommen ist, in Fällen aber, wo bereits eine polizeiliche Kog-

Digitized by Google

nition oder ein Erkenntniß über erhobene Einsprachen vorliegt, wenigstens wegen neuer Thatsachen oder Beweise, und es ist in Fällen, wo der Erfolg zur Zeit der polizeilichen Kognition, beziehungsweise des Erkenntnisses nicht mit Sicherheit vorher bestimmt werden kann, angemessen, ausdrückliche Vorbehalte wegen Anordnung weiterer Abhilfemaßregeln und Ersatzes des etwa sich später ergebenden Schadens beizufügen. (§. 6. Pkt. 1.)

5) In legislativer Beziehung wären deutlichere und nähere Bestimmungen über die Bedingungen und Grenzen für das Einschreiten der Polizeigewalt, besonders über die Richtpunkte des Ermessens jedenfalls wünschenswerth. Sie werden aber zur dringenden Nothwendigkeit, wenn man den bestehenden Gesetzen nicht die in Vorstehendem ausgeführte Deutung geben wollte, indem sich nach dem dermaligen Stand der Technik und des Gewerbewesens bei einer Beschränkung auf den Wortlaut des Art. 4 lit. b. der allgemeinen Gewerbe-Ordnung bald eine Lage der Dinge bilden würde, welche durch eine wahrhaft vernunftwidrige Quälerei für die Personen und eine unverantwortliche Preisgebung des Eigenthums allen Anforderungen an einen polizirten Staat Hohn sprechen würde (§. 1).

§. 8.

Praxis der württemb. Administrativ-Justizbehörden.

Es kann nur Weniges aus Präjudikaten der obersten Behörden über die vorliegende Frage mitgetheilt werden, da Fälle dieser Art häufig nach den Umständen des konkreten Falls ihre Erledigung finden, ohne daß es nöthig wird, die Entscheidung auf die Spitze der Grundsätze zu stellen. Die hienach bezeichneten Fälle zeigen jedoch, daß die oben ausgeführten Grundsätze im Wesentlichen anerkannt sind.

A. Für den Grundsatz, daß die Gefährdung des Eigenthums der Nachbarn einen rechtlichen Grund zur Einsprache bilde, und beziehungsweise den Vorbehalt weiterer Abhilfemaßregeln und des Schadensersatzes begründe, können folgende Belege angeführt werden:

1. In der Beschwerdensache mehrerer Güterbesitzer in

Digitized by Google

N... und O... und beziehungsweise des Fabrikinhabers S... von H... wegen nachtheiliger Einflüsse der Fabrik zu O... auf die Vegetation der Grundstücke der Nachbarschaft wurden in den Erkenntnissen des K. Ministeriums des Innern vom 30. Oktober 1851 und 6. September 1852 auf den Grund der durch Untersuchungen und Gutachten von Experten geschehenen Erhebung, daß die Vegetation der in der Nähe der Fabrik von O... gelegenen Güter seit einer Reihe von Jahren durch die Einwirkung der aus der Fabrik entweichenden salzsauren Dämpfe beeinträchtigt worden war und dieser Mißstand durch eine bessere Einrichtung der Apparate und sorgfältiges Verfahren bei den Arbeiten wenigstens großentheils vermieden werden könne, ausgesprochen, daß die bestehende mangelhafte Einrichtung der Fabrik in der fraglichen Beziehung als gemeinschädlich mit den bei dem Betrieb von Gewerben zu beachtenden polizeilichen Rücksichten im Widerspruch stehe, und es deßhalb in der Obliegenheit der Polizei liege, die mangelhaften Einrichtungen, welche die Besitzer der umliegenden Güter beschädigen, zu beseitigen ꝛc. Es wurde hienach die Herstellung von nach dem technischen Gutachten den unschädlichen Betrieb der Fabrikation bedingenden Apparaten vorgeschrieben, und sofort die von dem Fabrikinhaber auf den Grund dieser Vorschriften beantragten Einrichtungen unter der Bedingung zugelassen, daß derselbe auch künftig für die Beschädigungen benachbarter Güter durch entweichende Dämpfe einzustehen habe und die nach weiteren Erfahrungen ꝛc. sich etwa als nothwendig ergebenden weiteren Verbesserungen hergestellt werden.

Der Grundsatz, daß nachtheilige Einflüsse chemischer Operationen auf die Vegetation (und die Thiere) der Nachbargrundstücke einen rechtlichen Grund zur Einsprache bilde, wurde auch in den Beschwerdesachen

2) L. D... und Gen. in R. gegen H... und F. V... aus Z..., Errichtung einer chemischen Fabrik betreffend, Entscheidung des K. Ministeriums des Innern vom 8./19. Dezember 1851, sodann

3) des Kunstgärtners S... in H... gegen Kaufmann B.... daselbst, Entscheidung des K. Ministeriums des Innern vom 15. Febr. 1841

zu Grund gelegt, was, wenn gleich nicht ausdrücklich ausgesprochen, doch aus den Entscheidungsgründen abzunehmen ist.

In der ersteren dieser beiden Beschwerdensachen wurde die Genehmigung des Werkes an den ausdrücklichen Vorbehalt geknüpft, daß der Fabrikinhaber für den durch den Fabrikbetrieb, etwa erwachsenden, sofort durch eine Schätzungskommission zu ermittelnden Schaden zu haften habe.

4) In der Rekurssache des Seifensieders G.... in U.... wegen versagter polizeilicher Genehmigung zu Errichtung einer Seifensiederwerkstätte, wurde in der Entscheidung des K. Ministeriums des Innern vom 20. Juni 1842 die Errichtung einer solchen Werkstätte aus dem Grund als unzulässig erklärt, weil nach den vorliegenden Lokalitäten für die Bierfabrikation und Bereitung und Aufbewahrung des Malzes einer benachbarten Brauerei, deren Inhaber Einsprache erhoben hatte, nachtheilige Einflüsse zu besorgen seyen, wobei übrigens keine Nachtheile für die Gesundheit der Menschen, sondern blos die Einwirkungen auf Geruch und Geschmack des Bierstoffes zur Sprache gekommen waren.

B) Für den Grundsatz, daß die vorzugsweise Bestimmung zum Wohnen zu beachten sey, und neben der Rücksicht auf die Gesundheit, auch die auf Wohlstand und die Lästigkeit in Betracht kommen (mit besonderer Beziehung auf Unreinlichkeit und übeln Geruch) sind folgende Belege anzuführen:

5) In der Rekurssache des Seifensieders Z... in S... wurde in einem Erkenntniß des K. Geheimenraths vom 23. September 1831 ausgesprochen:

daß, wenn auch dem Gesuche nicht ein ausdrückliches positives Verbot entgegenstünde,*) doch die Gestattung einer Seifensiederei in der engen, sehr bevölkerten und höchst fre-

*) Hier ist das hienach angeführte Gesetz vom 17. Mai 1806 gemeint.

Digitized by Google

quenten S...straße mit der unumgänglichen polizeilichen Sorge für Wohlstand und Gesundheit unverträglich sey.

(Vergl. auch die Rekurssachen von M... und H... in R... und von M. J... zu M... wegen Errichtung von Seifensiedereiwerkstätten, wo bei den Entscheidungen des K. Geheimenraths vom 6. Septbr. 1841 dieser Grundsatz gleichfalls zur Sprache kam, übrigens nicht entscheidend wurde.)

6) In der Beschwerdensache der Kaufleute H... und M... in R... wegen Errichtung einer Seifensiedereiwerkstätte, wurde nach der Entscheidung des Ministeriums des Innern vom 13. August 1840 davon ausgegangen, daß die Entfernung von Gewerben, welche mit Unreinlichkeit und üblem Geruch verbunden seyen, blos in so weit gefordert werden könne, als sie in Hauptstraßen neu angelegt werden wollen.

7) In der Beschwerdensache des Kaufmanns S... von S. wegen polizeilich verfügter Entfernung eines Knochen-Magazins ꝛc. wurde in der Entscheidung des K. Ministeriums des Innern vom 4. Sept. 1837 die Maßregel mit der Verbreitung höchst lästiger und die Gesundheit gefährdender Ausdünstungen motivirt und das Verbot als durch naheliegende „medizinisch-polizeiliche Rücksichten" begründet erklärt.

Es ist noch zu bemerken, daß nach einem „Polizeigesetz" vom 17. Mai 1806 für die Stadt Stuttgart verordnet wurde:

„daß sämmtliche mit Unreinlichkeit und üblem Geruch verbundene Werkstätten aus den Hauptstraßen der Stadt entfernt und „wo nicht außer der Stadt" doch wenigstens in deren Nebenstraßen und Endpunkte verlegt werden sollen."

Friz, Sammlung der Polizeigesetze ꝛc. für die Residenzstadt Stuttgart, S. 28.

Wenn nun gleich diese Bestimmung blos für die Stadt Stuttgart eigentliche Gesetzeskraft hat, so wird doch ihre analoge Anwendung auf andere größere Städte Württembergs kaum einem Bedenken unterliegen (vergl. Rechtsfall 5), da man auch sonst einer solchen Anwendung, da, wo wirklich die Bedingungen der Analogie vorliegen, wie z. B. bei der Dienst-

Digitized by Google

boten-Ordnung vom 27. Oktober 1819 in der Praxis stattgibt.

C) Auch für den Fall einer Einsprache wegen eines die Nachbarschaft störenden Geräusches ꝛc. liegt folgendes Präjudikat vor:

8) In der Beschwerdensache von Kaufmann S.... und Genossen zu S.... gegen den Fabrikanten Franz W... wegen Aufstellung einer Dampfmaschine zu einer Appretur-Anstalt,

wurde durch Erkenntnisse des K. Ministeriums des Innern vom 3.—24. Januar 1854, auf die im Wege des Provokations-Verfahrens erhobene Einsprache der Nachbarn der Aufstellung des Dampfkessels nur unter der Bedingung stattgegeben, „daß derselbe nicht zum Betrieb einer Maschine benützt werde, welche ein die Nachbarschaft störendes oder belästigendes Geräusch oder ähnliche Unannehmlichkeiten verursache, in welchem Fall der Betrieb sogleich wieder eingestellt und die ganze Einrichtung entfernt werden müßte."

II.

Miscellen.

Ein langer Prozeß.

(Eingesendet.)

Im Jahr 1682 hatte die altwürttembergische Gemeinde K..... ihre Gemeindeschäferei an einen Privaten um weniges Geld verkauft und sich hierbei verschiedene Rechte, namentlich das des Zutriebs von Bürgerschafen vorbehalten.

Ehe noch 40 Jahre verflossen waren, lagen Gemeinde und Schäfer im bittersten Streit, der gar bald das höhere Einschreiten nöthig machte. In den 1780er Jahren führte derselbe zu großen kommissarischen Untersuchungen, welche der Gemeinde allein Kosten von mehr als fl. 2500 verursacht haben. Die Resolution der herzoglichen Regierung vom 14. Juli 1791 befriedigte beide Theile nicht, sie beriefen sich deßhalb auf den Rechtsweg und wurden hierauf am 11. Februar 1794 die Akten mit der Klage von demselben Tage dem

Digitized by Google

Stadtgerichte B..... zur gerichtlichen Verhandlung übergeben und fort verhandelt, bis am 20. Februar 1800 die Duplikschrift in der Vorklage zur Notiz, in der Widerklage zur Duplik hinausgegeben wurde.

Von dieser Zeit an blieb der Prozeß liegen und wurde ganz und gar verschollen; das Privatgezänke fing in alter Weise wieder an, bald stellten sich die Betheiligten miteinander gut, bald lagen sie wieder vor Amt und vor Gericht und es wurden mit vielen Kosten manche Prozesse über einzelne untergeordnete Punkte selbst durch alle 3 Instanzen geführt, ohne indessen in das Hauptverhältniß durchgreifende Ordnung zu bringen, welche der alte — der neuen Generation lange unbekannt gebliebene Prozeß von 1794 bis 1800 herbeiführen sollte.

Da der Stand der Dinge in der Hauptsache ganz der alte von 1800 geblieben war, so erging deßhalb, um zu einem Ziele zu gelangen, im September 1851 an das betreffende K. Oberamtsgericht von Seiten der Gemeinde die Bitte, die alten Prozeßakten zu requiriren und:

auf die Grundlage der von 1794 bis 1800 gewechselten Schriften weitere Verhandlungen zu pflegen, die Streitübersicht vorzulegen und das Beweisverfahren einzuleiten.

Es fanden hierauf denn auch zu dem Zwecke vorbereitende Verhandlungen vor Gericht statt; indessen bedurfte es weiteren Vorangehens im Rechtswege nicht, weil beide Theile — zur Einsicht gelangt, daß der Fortbestand des Verhältnisses eine fortgesetzte Quelle des Unfriedens in der Gemeinde seyn würde, — im beiderseitigen wohlverstandenen Interesse sich dahin vereinigten, daß die Gemeinde die Schäfereirechte an sich kaufte und dadurch diese getheilten Rechte in einer Hand wieder vereinigte, nachdem sie länger als 150 Jahre mit schweren Kosten vor Behörden und Gerichten sich herumgetrieben hatten, fast 70 Jahre nach dem Anfang der erwähnten kommissarischen Verhandlungen und 58 Jahre, nachdem der jetzt erst erledigte und fast 52 Jahre mitten in der Verhandlung ruhende Prozeß anhängig geworden war.

Digitized by Google

Bemerkungen zu Vorstehendem.

(Von dem Herausgeber.)

Obige Mittheilung, welche einen Fall begreift, wie sie in der älteren Praxis überall häufig vorkamen, gibt dem Herausgeber erwünschten Anlaß, hieran folgende Bemerkungen zu knüpfen:

1) Der Fall liefert einen Beleg dafür, daß es wohlbegründet war, wenn das württ. Prozeßgesetz vom 31. Dezbr. 1818, §. 138, verordnet, daß der Richter die gesetzmäßig angedrohten Folgen des Ungehorsams einer Parthie auch ohne besondere Ungehorsamsbeschuldigung von Amtswegen auszusprechen habe (vergl. Einleitung S. 8). Bei diesem Verfahren hätte der Prozeß schwerlich vom Jahr 1800 bis zum Jahr 1851 geruht. Zwar enthält das gedachte Gesetz weiter, daß es stets vom gehorsamen Theile abhänge, auch seiner Seits die Sache ruhen zu lassen, aber mit dem Anhang, daß, wenn er sich nicht von selbst dafür erkläre, das Contumacial-Erkenntniß auch ohne besondere Aufforderung ausgesprochen werde, und es ist wohl diesen Bestimmungen zuzuschreiben, daß in Württemberg ruhende Prozesse äußerst selten mehr vorkommen, was gewiß eine Wohlthat ist, da solche in der Regel später doch wieder und dann mit neuen Verwicklungen erwachen und die Verjährung nicht immer hilft.

2) Weiter ist aus diesem Fall zu entnehmen, wie sehr es zu wünschen ist, daß Gerichte und Verwaltungsstellen in solchen Fällen so viel möglich darauf hinwirken, die Streitigkeiten durch Consolidation und andere Ausgleichungsmittel, wie hier, zu beseitigen und aufzuheben. Es ist dieß, wenn man hiebei praktisch verfährt, nicht so schwer, als es scheint, wie durch eine Reihe von Beispielen, besonders aus der Gemeindeverwaltung belegt werden könnte; so z. B. bei Streitigkeiten über Allmandbenützung, Gemeindegerechtigkeiten u. dgl. Aehnliches findet auch sonst z. B. bei Expropriationen statt. Wenn der Staat oder eine Gemeinde von dem Eigenthum des Privaten blos einen Theil expropriirt, so werden die Expropriation und der Prozeß hierüber in der Regel weit beschwerlicher und

Digitized by Google

kostspieliger werden, als wenn das Ganze expropriirt oder im Wege freier Uebereinkunft erworben wird. Denn bei der Entschädigung für den Theil muß natürlich auch das in Anschlag gebracht werden, um was das Ganze durch die Abtrennung des Theils an Werth verliert; diese Taration ist gerade am schwersten und unsichersten. Wird das Ganze expropriirt oder durch einen (auch theuren) Kauf erworben, so kann nach Abtrennung des Theils Das, was dem Expropriirenden überflüssig ist, aus leicht erklärlichen Gründen in der Regel wieder mit weit geringerem Verlust verkauft werden, als der Taxationswerth des expropriirten Theils, zumal mit Zurechnung der Prozeßkosten betragen haben würde. S.

Inhalt.

Seite.

Vorwort 1

Einleitung.

Zur Orientirung über die Rechtszustände in Württemberg 4

I. Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

1) Ueber das Wesen und die Bedeutung der Ordinationen. (Von dem Herrn Obertribunal-Präsidenten v. Harpprecht.) 41

2) Ueber einige wechselrechtliche Fragen. (Von dem Herrn Rechtskonsulenten Schott in Stuttgart.) 112

3) Ueber die Kompetenz zur Verhängung der Beschlagnahme des Vermögens bei widerspenstigen Militärpflichtigen. (Von dem Herrn Direktor v. Geßler.) 124

4) Ueber das Recht der Nachbarn zur Einsprache gegen einen ihre Personen und den Genuß ihres Eigenthums wesentlich störenden Gewerbebetrieb in dem Nachbargebäude. (Von dem Herausgeber.) 135

II. Miscellen.

Ein langer Prozeß. (Eingesendet.) Mit Bemerkungen des Herausgebers 165

Digitized by Google

Württembergisches Archiv

für

Recht und Rechtsverwaltung

mit Einschluß der Administrativ-Justiz.

Herausgegeben von Obertribunalrath **Sarwey** in Stuttgart.

Erster Band.

Zweite Abtheilung.

1) Zur Lehre von dem Verfahren bei Rechtsstreitigkeiten über die Hauptmängel der Hausthiere, mit Wünschen für eine neue Gesetzgebung hierüber.

(Von dem Herausgeber.)

Es gibt wohl keine Materie, wo das bestehende gerichtliche Verfahren so wenig im Einklang mit den Verhältnissen des Lebens steht, als dieß bei Streitigkeiten über die Hauptmängel der Hausthiere der Fall ist.

Kommt noch eine ungeschickte oder nachlässige Behandlung solcher Sachen von Seiten der betreffenden Behörden, Experten ꝛc. hinzu, so ergeben sich wahrhaft klägliche Resultate. Es wäre daher gewiß sehr zu wünschen, daß die Gesetzgebung sich dieser Materie bezüglich des Verfahrens besonders annehmen würde. Wenn es auch im Allgemeinen legislativer Grundsatz ist, nicht zu sehr in das Detail einzugehen, nicht zu sehr durch positive und beengende Normen auf die Bewegungen des Gerichts einzuwirken, so macht doch die Natur der fraglichen Streitsachen eine Ausnahme von jener Regel durchaus nothwendig, wenn nicht Mißstände entstehen sollen,

Digitized by Google

die im Ganzen weit nachtheiliger werden, als diese oder jene dispositive Bestimmung des Gesetzgebers, welche sich vielleicht in dem einen oder dem andern Fall als zu weit gehend oder unpassend ergibt. Uebrigens wird es großentheils von der Formulirung solcher Gesetzesbestimmungen abhängen, derartigen Anstößen vorzubeugen. Bei einer etwas dehnbaren Fassung der präceptiven Vorschriften, mit gewissen Vorbehalten für das Ermessen u. s. w., werden sich nicht so leicht Beschwerden über ungehörige Beengung des Verfahrens ergeben. Aber auch bei dem dermaligen Stand der Gesetzgebung wird es in der Hand des Richters liegen, sehr häufig — wenigstens da, wo ihm nicht die Leidenschaftlichkeit und Chicane der Partheien in den Weg tritt, die Uebelstände, welche in der Natur der Sache liegen, zu paralysiren.

Gegenwärtige Mittheilung hat zum Zweck: an der Hand eines Rechtsfalls, der einen wahren Typus für einen Rechtsstreit, wie er nicht vorkommen und nicht möglich seyn sollte, bildet, einen Beitrag zur gerichtlichen Behandlung derartiger Fälle zu geben, und vielleicht einige Rücksicht der künftigen Gesetzgebung auf das Bedürfniß einer Abhilfe hervorzurufen. Zu vorstehenden Zwecken genügt eine bloße Darstellung des Ganges der fraglichen Sache, ohne irgend auf die merita causae selbst einzugehen.

Gegenstand unserer Mittheilung ist ein Rechtsstreit über den Kauf eines Pferdes, welches im Juli 1853 in kürzester Frist durch vier Hände ging, und über welches mehrere Rechtsstreitigkeiten hintereinander wegen Hauptmangels des Kollers und Nichtgewährung des dictum et promissum (guten Zugs) stattfanden.

Zuerst wurde dieses Pferd von dem Pferdehändler Hirsch in Stauffenberg an Friedrich Gantter in Gröningen, OA. Nördlingen, von diesem am 26. Juli 1853 an Jakob Brauer von Rothenberg, OA. Oettingen, von diesem am 1. August 1853 an Sebastian Ronger von Aldingen verkauft.*)

---

*) Es sind durchaus fingirte Namen gegeben.

Digitized by Google

I. Rechtsstreit.

Die erste Klage erhob Ronger gegen Brauer den 28. August 1853 bei dem Oberamtsgericht Oettingen. Dieser soll es um 90 fl. mit Garantie für Fehlerlosigkeit und Güte im Zug gekauft haben. Es wurde von ihm der Hauptmangel des Kollers und daneben Unbrauchbarkeit im Zuge behauptet und auf Zurücknahme des Pferdes nebst Fütterungskosten auf drei Wochen gegen Brauer geklagt. Dieser Streit, bei welchem übrigens nicht einmal eine eigentliche Einlassung des Beklagten erfolgte, endigte mit einer bei der ersten Verhandlung 6. September 1853 getroffenen Uebereinkunft, wornach bestimmt wurde, daß Ronger, Brauer und Gantter gemeinschaftlich gegen Hirsch Klage auf Aufhebung des Kaufs und Kostenerstattung erheben sollen, das Pferd vorerst bei Ronger stehen bleibe und Brauer, der das Pferd um 73 fl. von Gantter erkauft habe, dem Ronger die Summe von 23 fl. zurückbezahle, da der Kauf zwischen Brauer und Ronger für aufgehoben erklärt werde. (Es ist nicht klar, ob Ronger blos 23 fl. an dem Kaufschilling bezahlt hatte, oder ob er etwa den Rest des Kaufschillings von Hirsch erhalten sollte.) Diese Uebereinkunft, an welcher Gantter keinen Theil genommen hatte und welche in mehr als einer Beziehung angemessen war, kam natürlich nicht zum Vollzug. Im Februar 1854 schon trat Ronger wieder auf, mit dem Vorbringen, daß Brauer gegen Gantter vor dem Oberamtsgericht Nördlingen Klage erhoben habe, und von diesem am 30. November 1853 zur Zurücknahme des Pferdes verurtheilt worden sey, das Pferd aber bis zur Stunde noch in seinem (des Ronger's) Stall stehe.

II. Rechtsstreit.

Am 12.—17. September 1853 (außergerichtlich schon am 26. August 1853) hatte Gantter gegen Brauer auf Bezahlung des unbezahlten Kaufschillingsrests von 30 fl. bei dem Oberamtsgericht Oettingen Klage erhoben, welche, nachdem der Beklagte erklärt hatte, daß er bereits bei dem Oberamts-

Digitized by Google

gericht Nördlingen gegen Gantter auf Aufhebung des Kaufs geklagt habe, durch eine Uebereinkunft vom 11. Oktober 1853 erledigt wurde, wodurch Brauer sich verpflichtete, die 30 fl. bei dem Oberamtsgericht Nördlingen zu deponiren — bis zu Erledigung der dort gegen Gantter anhängig gemachten Klage auf Aufhebung des Kaufs.

In diesem Streit hatte Gantter vorgebracht, daß bei dem Kauf bestimmt worden sey, daß Brauer das Pferd, wenn sich ein Hauptmangel ergeben sollte, am 2. August nach Aldingen zurückbringen solle, statt dessen derselbe solches am 1. August wieder verkauft habe.

III. Rechtsstreit.

Brauer trat gegen Gantter am 10. Sept. 1853 mit einer gerichtlichen Klage bei dem Oberamtsgericht Nördlingen auf. Die erste Verhandlung vor dem Oberamtsgericht hatte am 3. November 1853 statt, wobei Brauer die Bitte stellte, daß Gantter verurtheilt werde: gegen Herausgabe der an dem Kaufschilling von 74 fl. erhaltenen 44 fl. das Pferd wieder zurückzunehmen. Die Parthieen vereinigten sich auf eine Untersuchung des Pferdes in der Thierarzneischule, wohin dasselbe am 12. November 1853 gebracht wurde, und welche am 18. November Gutachten ausstellte, wornach das Pferd zwar kein Koller, aber zum Ziehen unbrauchbar sey. Der Beklagte Gantter hatte zugestanden, daß von ihm für das Ziehen garantirt worden sey.

Durch Erkenntniß des Oberamtsgerichts Nördlingen vom 30. November 1853 wurde Gantter verurtheilt: das an Brauer um 74 fl. verkaufte Pferd wegen Unbrauchbarkeit wieder zurückzunehmen und die am Kaufpreis erhaltenen 44 fl. wieder zu erstatten. Gantter meldete die Berufung an, nahm aber solche zurück und wollte nun das damals bei Ronger in Aldingen befindliche Pferd abholen (Ende Januar 1854), führte es jedoch wegen angeblich durch schlechte Behandlung und strengen Gebrauch ruinirten Zustandes und eines bösen Fußes nicht ab.

Digitized by Google

IV. Rechtsstreit.

Dagegen brachte Ronger am 20. Februar 1854 das Pferd nach Rothenberg, um es dem Brauer zurückzugeben, und stellte es, da dieser nicht zu Hause war, in das Wirthshaus zur Krone und ließ es dem Brauer durch das Schultheißenamt zur Verfügung stellen.

Am 6.—11. März 1854 erhob Ronger gegen Brauer eine neue Klage bei dem Oberamtsgericht Oettingen, weil Brauer ohne Rücksicht auf die Uebereinkunft vom 6. Septbr. 1853 gegen Gantter bei dem Oberamtsgericht Nördlingen geklagt hatte, dahin:

daß Brauer schuldig sey, unter Zurücknahme des Pferdes dem Kläger Ronger den bezahlten Kaufschilling von 90 fl. 42 kr. zurückzugeben, und die Fütterungskosten vom 1. August 1853 bis 20. Februar 1854 — mit Ausnahme der 16 Tage, während das Pferd sich in der Thierarzneischule befand ohne Zweifel während des bei dem Oberamtsgericht Nördlingen anhängig gewesenen Streits (Brauer und Gantter), — also auf 188 Tage à 24 kr. den Betrag von 75 fl. 12 kr. zu erstatten.

Die Fütterungskosten klagte Ronger wahrscheinlich um deßwillen blos bis 20. Februar ein, weil er an diesem Tag das Pferd zur Verfügung des Brauer in den Wirthsstall zu Rothenberg gestellt hatte. Nach einer ganz kurzen Verhandlung, wobei der zugeladene litis denunciat Gantter erklärte, daß er das ihm durch Erkenntniß des Oberamtsgerichts Nördlingen zugesprochene Pferd deßhalb nicht zurücknehme, weil es jetzt in einem viel schlechteren Zustand sey, als damals, wo er es verkauft habe, wurde zwischen Ronger und Brauer am 31. März 1854 abermals eine die Sache wegschiebende Uebereinkunft abgeschlossen, wornach Brauer dem Ronger alle Rechte aus dem Kauf mit Gantter und aus dem Erkenntniß des Oberamtsgerichts Nördlingen vom 30. November 1853 abtrat, und Ronger sich verpflichtete, auf Vollzug dieses Erkenntnisses bei dem Oberamtsgericht Nördlingen zu klagen und eine Entscheidung durch letzteres Gericht hinsichtlich der Ein-

Digitized by Google

rede Gantter's herbeizuführen; bis zur Entscheidung hierüber sollte der vorliegende Streit ruhen, unter Vorbehalt aller der Ansprüche des Ronger gegen seinen Verkäufer Brauer in ihrem vollen Umfange.

V. Rechtsstreit.

Nun erhob Ronger bei dem Oberamtsgericht Nördlingen gegen Gantter unterm 1.—14. pr. 25. April 1854 die actio rei judicatae auf Herausgabe des erhaltenen Kaufschillings von . . . . . 44 fl. — kr.
Fütterungskosten auf 188 Tage à 24 kr., vom 1. August 1853 bis 20. Februar 1854 . . 75 fl. 12 kr.
fortlaufende Verpflegungskosten vom 20. Febr. 1854 an à 24 kr. täglich . . . . .
Kosten des ersten Prozesses vor dem Oberamtsgerichte Nördlingen einschließlich der Kosten für die Thierarzneischule . . . . . 43 fl. 12 kr.
Kosten des neuen Prozesses . . . . . .

Am 17. August 1854 zeigte der Kronenwirth in Mössingen an, daß er das Pferd nun circa 90 Tage in der Fütterung habe und es nicht mehr behalten wolle. Aber erst zwischen dem 25. und 28. Oktober 1854 hat Gantter das Pferd in Folge Privatübereinkommens mit Ronger zurückgenommen und es um 30 fl. wieder verkauft.

Am 18. Oktober 1854 erkannte das Oberamtsgericht Nördlingen, daß es bei dem rechtskräftigen Erkenntniß vom 30. November 1853 sein Verbleiben habe, demgemäß der Beklagte das Pferd gegen Erstattung der am Kaufpreis erhaltenen 44 fl. an den nunmehrigen Kläger (Ronger) zurückzunehmen und dem Kläger zu ersetzen habe:

1) Die Kosten des früheren Prozesses mit 41 fl. 12 kr.
2) Fütterungskosten pro $\frac{\text{1. August 1853}}{\text{20. Februar 1854}}$ 75 fl. 12 kr.
3) Verpflegungskosten vom 20. Febr. 1854, welche in Rothenberg und Mössingen erwachsen, seyen . . . . . .

Digitized by Google

4) sämmtliche Kosten dieses Prozesses . .

Sporteln aus dem früheren Prozesse .	2 fl.	13 kr.
Sporteln aus diesem Prozesse	7 fl.	29 kr.

In diesem Rechtsstreit war von dem Beklagten einzig die Einwendung vorgebracht worden, daß das Pferd durch schlechte Behandlung sehr herabgekommen und mit einem Fußübel behaftet gewesen sey, als er es (zufolge des Erkenntnisses vom 30. November 1853) in Aldingen (bei Ronger) habe abholen wollen. Der Kläger läugnete nicht, daß es — aber nicht in Folge schlechter Behandlung, sondern durch die von selbst eingetretene Fußkrankheit (die Mauke) verschlechtert sey.

Auf den Grund der beigebrachten Zeugnisse wurde von dem Oberamtsgerichte angenommen, es sey nicht erwiesen, daß das Pferd in Folge der Verschuldung des Klägers verschlechtert worden, wohl aber, daß es völlig unbrauchbar gewesen und auch wirklich nicht gebraucht worden sey. (Nach den Verhandlungen war ein unheilbares Fußübel, wahrscheinlich dadurch entstanden, daß das Pferd nach fruchtlosen Versuchen, es zu gebrauchen, wirklich nicht mehr gebraucht wurde, wogegen gehörige thierärztliche Hilfe nicht versäumt wurde.) Das Liquidum der Forderungen war eventuell anerkannt.

Ronger betrieb den Vollzug dieses Erkenntnisses durch zwei eingereichte Exekutionsgesuche vom 10. und 20. November 1854; allein Gantter erklärte nun, das ganze Vermögen gehöre seiner Ehefrau und drohte mit dem Gant und das Oberamtsgericht stellte deßhalb das Exekutionsverfahren ein.

VI. Rechtsstreit.

Nun erhob am 7.—17. Dezember 1854 Ronger gegen Brauer bei dem Oberamtsgericht Oettingen erneuerte Klage, indem er erklärte, daß er nicht im Verhältniß zu Gantter stehe, daher sich nicht an diesen zu halten habe, sondern unter Berufung auf die Uebereinkunft vom 31. März 1854 seine Klage gegen Brauer verfolge. Er liquidirte folgende Forderungen:

Digitized by Google

1)	Die Zurückgabe des bezahlten Kaufschillings mit	90 fl. 42 kr.
2)	Fütterungskosten des Pferds vom 1. August 1853 bis 20. Februar 1854 (mit Abzug von 16 Tagen) auf 188 Tage à 24 kr.	75 fl. 12 kr.
3)	Fütterungskosten in Rothenberg vom 21. Februar / 11. Mai auf 80 Tage à 24 kr. .	32 fl. — kr.
4)	Die dekretirten Kosten des von ihm im Auftrag des Beklagten Brauer in Nördlingen geführten Prozesses	50 fl. 49 kr.
5)	Die bis jetzt dekretirten Kosten des Prozesses vor dem Oberamtsgericht Oettingen	21 fl. 7 kr.
		—:· 269 fl. 50 kr.

Auch wurde noch ein Vorbehalt gemacht wegen weiteren Ersatzanspruchs, wenn die zu sehr moderirten Kostenanrechnungen (wie es scheint zu 4) und 5) auf die bei dem Gerichtshof erhobene Beschwerde erhöht würden. Ohne weitere Begründung, besonders auch hinsichtlich der einzelnen Aufrechnungen schließt die Klage mit der Bitte: den Beklagten zu verurtheilen, obige Summe von 269 fl. 50 kr. an den Kläger zu bezahlen und die Prozeßkosten zu ersetzen.

Ohne den Beklagten zu vernehmen, erkannte das Oberamtsgericht Oettingen, daß der Kläger mit seiner Klage, als **zu früh angebracht**, zurückzuweisen sey, wobei das Oberamtsgericht davon ausging, daß nach dem Sinn der Uebereinkunft vom 31. März 1853 der Kläger nur einen Rückanspruch an den Beklagten als Cedenten habe und zwar bloß für den Fall der nachgewiesenen Unmöglichkeit, die abgetretenen Rechte gegen Gantter zu realisiren. Der Kläger appellirte gegen dieses Erkenntniß, wobei sich jedoch in Folge einer irregulären Behandlung der Eröffnungsakte auch noch Anstände über Wahrung der Nothfrist ergaben, welche jedoch glücklicher=

Digitized by Google

weise, sowie die dem Kläger zugefügte Beschwerde in der Hauptsache gehoben wurden, indem der Gerichtshof die von dem Oberamtsgericht von Amtswegen erhobene Einrede der zu frühzeitig angebrachten Klage verwarf und das Oberamtsgericht zur Verhandlung der Hauptsache anwies, und das Obertribunal auf die sofort von dem Beklagten erhobene Berufung rejektorisch erkannte.

Die praktischen Resultate dieses Verfahrens waren bis hieher im Ganzen folgende: Ueber ein Pferd, ursprünglich im Verkaufswerth von 70 bis 90 fl., werden 6 Prozesse — der letzte durch drei Instanzen geführt, bis es endlich der letzte Käufer des schon bei der ersten technischen Untersuchung als eine unbrauchbare Mähre erkannten Thieres zu einer Verhandlung der Hauptsache bringen kann. Das Thier wird im Ganzen 454 Tage unbenützt gefüttert, bis die Fütterungskosten ungefähr 180 fl. betragen, dasselbe ein unheilbares Fußübel davongetragen hatte und um 30 fl. verkauft wurde. Die bis hieher aufgewendeten Prozeßkosten, soweit sie bereits Gegenstand der Einklage geworden und liquid erklärt sind, betragen 122 fl. 50 kr. Dazu kommen aber weiter: nicht liquid erkannte oder noch nicht liquidirte Kosten, namentlich die in dem letzten durch drei Instanzen geführten Prozeß von den verschiedenen handelnden Partheien aufgewendeten im Betrag von mindestens 80 fl., und nun erst stehen wieder die Kosten für den Hauptstreit, vielleicht wieder von drei Instanzen bevor. Es ist nicht zu leugnen — der Fall ist etwas grell! Aber man darf dieses monstrose Exemplar von Prozeß weder ganz auf Rechnung der allerdings in manchen Beziehungen verunglückten Behandlung schreiben, noch weniger den Gang der Sache als eine den württembergischen Gesetzes- und Rechtszuständen eigene Erscheinung ansehen. Der Fall hätte sich auch bei besserer Behandlung ähnlich gestalten können und kann überall, wo derartige Rechtsstreitigkeiten nach dem gemeinen Recht und Verfahren behandelt werden, wie dieß in Württemberg der Fall ist, wo nur ein die Hauptmängel und Gewährfristen bestimmendes Regulativ besteht, in gleicher Weise vorkommen.

Digitized by Google

Der erste Mißstand bei solchen Fällen ist, daß jeder Käufer nur ein Klagerecht gegen seinen Verkäufer hat. Die Weiterungen, Schwierigkeiten und Verwickelungen, welche dieser Umstand zur Folge hat, lassen sich durch die litis denunciation, welche bei dem Rechtsstreit, der natürlich in erster Linie den letzten Käufer trifft, durch alle in die Gewährzeit fallenden Käufer hindurch zu geschehen hat, nicht ganz heben.

Außerdem stehen zwar zwei Wege offen, welche je nach Umständen Abhilfe gewähren können; daß nämlich entweder

1) der letzte Käufer mit abgetretenen Rechten seiner Vorgänger gegen den ersten Verkäufer die gesetzlich zulässigen Klagen wegen Hauptmangels anstellt, wobei die Vorgänger zu seiner Unterstützung als accessorische Intervenienten auftreten können; oder
2) der erste Käufer sogleich gegen seinen Verkäufer mit jenen Klagen, namentlich auch der Wandlungsklage auftritt, wenn er nur in dem letzteren Falle in den Stand gesetzt ist, die Zurückgabe des Thieres anbieten zu können, was er durch eine bedingte oder unbedingte Uebereinkunft mit seinen Nachfolgern bewerkstelligen kann, bei welchem Rechtsstreit dann seine Nachfolger als accessorische Intervenienten mithandeln mögen.*)

*) Vergleiche Monatschrift für die Justizpflege in Württemberg, Band II. S. 388 ff., wo obige Vorschläge und deren Zulässigkeit näher entwickelt sind. Es ist dort ausgeführt, daß der erste Weg in l. 58. D. de evict. (21. 2.) eine Analogie finde, der zweite der obigen Wege häufig für unzulässig gehalten werde, weil die Ansicht bestehe, der erste Käufer könne die Klage nur auf ein ihn verurtheilendes Erkenntniß gründen, welche Ansicht ohne Zweifel theils daraus hervorgehe, daß die Wandlungsklage in der Regel das Anerbieten des Klägers, die fehlerhafte Sache zurückzugeben, voraussetze (l. 23. §. 1. D. de aedil. edict. 21. 1.), theils daraus, daß man die Klage wegen Gewährung der Hauptmängel irrig mit der eigentlichen Evictionsklage identifizire. Es wird nun aber am angeführten Orte gezeigt, daß beide Gründe weder in den Gesetzen, noch in der Natur des Rechtsverhältnisses eine Stütze finden, vielmehr der Satz, daß der Käufer einer wieder verkauften Sache die Wandlungsklage

Digitized by Google

Es stoßen sich jedoch — abgesehen davon, daß häufig bei den verschiedenen auf einander folgenden Verkäufen besondere Stipulationen getroffen wurden, so zum Beispiel einzelne Käufer Zusicherungen erhielten, welche ihre Vorgänger nicht hatten ꝛc. beide vorstehende Wege nach der Erfahrung an allerlei Umständen, besonders daran, daß keiner der verschiedenen Käufer außer dem letzten, welcher von der Last, ein unbrauchbares Thier zu haben, gedrängt ist, sich leicht zu einem Schritt entschließt, bevor er muß. Allerdings kann und soll hier das Gericht bei Einleitung des Verfahrens durch eine gehörige Thätigkeit von Amtswegen einwirken; allein auch dieß findet darin, daß die mehreren Betheiligten häufig in verschiedenen Gerichtsbezirken wohnen, mancherlei Anstände. In dem obigen Fall scheint dem Oberamtsgericht Oettingen eine derartige Maßregel vorgeschwebt zu haben. Allein dasselbe hätte sich vorhersagen können, daß die Uebereinkunft vom 6. September 1853 eine fruchtlose bleiben müsse, so lange nicht Gantter solcher beigetreten sey, und es hat diese Uebereinkunft in der That den ersten Grund zu der nachherigen Verwicklung gelegt. Entweder hätte das Oberamtsgericht Oettingen den Beitritt Gantter's bewirken, oder, wenn dieß Anstand fand, sich darauf beschränken sollen, eine Abtretung der Rechte des Brauers gegen Gantter an Ronger (selbstverständlich mit genau präzisirten Vorbehalten) zu bewerkstelligen, worauf Ronger gegen Gantter bei dem Oberamtsgericht Nördlingen auftreten mußte und dort der Versuch gemacht werden konnte, auch eine Abtretung der Rechte Gantter's gegen Hirsch an Ronger zu bewerkstelligen, womit der Streit auf den möglichst einfachen Weg gebracht worden wäre.

Wäre dieß aber auch nicht gelungen, so hätte die Sache

---

immer anstellen könne, wenn er (abgesehen von dem Fall, wo die Sache ohne Verschulden des Käufers zu Grunde ging, l. 38. §. 3. l. 47. §. 1. l. 48 pr. D. de aedil. ed. 21. 1.) nur auf irgend eine Weise wieder in die Lage gebracht sey, ihre Zurückgabe in dem früheren Stand anzubieten, — die Analogie von l. 43. §. 8. D. de aedil. ed. (21. 1.) für sich habe.

Digitized by Google

wenigstens einen weit bessern Gang genommen, wenn Ronger sogleich mit seinen und Brauer's Rechten gegen Gantter gestritten hätte.

Ein weiterer Mißstand bei Fällen der bezeichneten Art besteht darin, daß das Streitobjekt, während es zu seiner Erhaltung einen bedeutenden Aufwand nöthig macht, und sein Werth nur in dem Gebrauch besteht, zu welchem es untauglich ist oder seyn soll, der Beweisführung wegen bereit gehalten werden muß. Die meisten der in Frage kommenden Mängel und Krankheiten erfordern längere Beobachtung und Proben und häufig auch Heilversuche. Natürlich werden zu den ersten Schritten der Beweisführung die in der Nähe befindlichen Thierärzte verwendet, welchen häufig die erforderlichen Eigenschaften zu einem sichern Gutachten abgehen. Eine Berufung der einen oder anderen Parthie auf einen oder einige höher stehende Techniker muß unter allen Umständen gestattet werden. Hier wird häufig entweder ein langes Hinhalten des Bereitstellens zur weiteren Untersuchung oder eine Protrahirung des Superarbitriums in eine Periode des Prozesses, wo das Thier nicht mehr zur Hand ist, oder sonst wesentliche Veränderungen in dem Stand der Sache vorgegangen sind, nachtheilig. Keine Parthie sorgt oder kommt auch nur entgegen, wenn es gilt, Schaden abzulenken, der am Ende auf Einem liegen bleiben muß. Theils Leidenschaft, theils Indolenz, theils die Furcht, sich etwas zu vergeben, theils die Meinung, daß Alles auf Rechnung des Andern gehe, wirkt, daß jede vernünftige Maßregel, Schaden und Kosten zu vermindern, versäumt oder gar hintertrieben wird. Diese Mißstände können zwar unter Umständen durch ein geschicktes Eingreifen des Richters gemildert werden; allein eine wesentliche Abhilfe ist nur durch einige besondere von dem ordentlichen Verfahren abweichende Gesetzesbestimmungen zu bewirken.

Es folgen hier einige Vorschläge, welche geeignet seyn dürften, wenigstens den erheblichsten Uebelständen zu begegnen. Sie werden allerdings nur im Wege der Gesetzgebung eine durchgreifende Geltung erhalten können, doch wird manches

Digitized by Google

hievon von den Gerichten schon nach dem bestehenden Recht und Verfahren ohne weiteres, oder wenigstens mit Hilfe einer von den Parthieen zu extrahirenden Zustimmung zur Geltung gebracht werden können.

Den formulirten Sätzen sind die Motive mit weiteren Bemerkungen angehängt.

I. Mit der Ladung auf die Klage an den Beklagten wäre zugleich eine Ladung an alle diejenigen früheren Verkäufer, welche das Pferd während des Laufs der Gewährzeit verkauft haben, zu verbinden und diese Ladung wie eine an Litisdenunciaten ergehende zu behandeln.

Wie förderlich es für den Gang der Sache wäre, wenn die Vorgänger gleich am Anfang des Verfahrens an den Verhandlungen Theil nähmen, ist von selbst einleuchtend. Es ist auch nicht abzusehen, was es Bedenkliches haben solle, dieselben schon jetzt als muthmaßliche Litisdenunciaten zu behandeln, da sie es ja doch in den meisten Fällen später werden. Eine einfache monitorische Ladung ist schon nach dem dermaligen Verfahren unbedenklich und geschieht auch in der Praxis sehr häufig und es wird ihr gewöhnlich Folge geleistet, weil der Geladene fürchtet, am Ende doch einen Nachtheil von seinem Ausbleiben zu bekommen.

II. Mit der Ladung auf die Klage wäre zugleich die Untersuchung des Thieres durch Sachverständige anzuordnen und solche sofort soweit nöthig, von dem Gericht zu leiten.

III. Die Untersuchung des Thieres und sofortige Begutachtung des Falls geschieht durch den im Gerichtsbezirk angestellten oder nach Ermessen des Gerichts durch einen in der Nachbarschaft angestellten geprüften Thierarzt. Dem Gericht ist überlassen, je nach Wichtigkeit oder Schwierigkeit des Falls noch einen oder zwei weitere Sachverständige

Digitized by Google

beizuziehen, was auch die Parthieen unbedingt beantragen können.

IV. Zum Zwecke fortgesezter Beobachtung mit etwa nöthig werdenden Versuchen ist auf Antrag einer der beiden Parthieen und nach dem Ermessen der Sachverständigen von dem Gericht Verfügung zu treffen, daß das Thier in fremde Verwahrung und Pflege gebracht werde.

V. Zur ersten Besichtigung und, zutreffenden Falls, Zerlegung des Thieres sind beide Theile nebst den zuzuladenden früheren Verkäufern (s. oben I.) rechtzeitig zu laden. Wenn diese Ladung einem der Betheiligten wegen Gefahr auf dem Verzug nicht eröffnet werden kann, oder deren Insinuation nicht urkundlich nachgewiesen ist, so hat das Gericht oder im Nothfall die Obrigkeit des Ortes, wo die Handlung vor sich geht, einen Vertreter für denselben zu bestellen.

VI. Die urkundlich aufzunehmenden Verhandlungen der Sachverständigen über die Untersuchung des Thieres, sowie der hierüber mündlich oder schriftlich zu erstattende gutächtliche Bericht derselben ist den Parthieen unter Anberaumung einer kurzen unerstrecklichen Frist zur Erklärung hierüber zu eröffnen.

Auf den von den Parthieen binnen dieser Frist gestellten Antrag, sowie auch nach richterlichem Ermessen von Amtswegen, ist Ergänzung und Erläuterung der Untersuchung und des Gutachtens der bisherigen Sachverständigen oder Einholung eines Gutachtens höherer Sachverständigen mit der von diesen etwa nöthig erachteten Ergänzung der Untersuchung zu

bewerkstelligen. Ein nach jener Frist gestellter Antrag der Parthie auf Ergänzung der Untersuchung oder weiteres Gutachten kann in dieser und den höheren Instanzen nur dann Beachtung finden, wenn derselbe auf neu entdeckte Thatsachen sich gründet.

Der Antrag, die erste Expertise der amtlichen Thätigkeit des Richters in die Hände zu legen, bedarf keiner Motivirung, sondern nur einer Rechtfertigung, welche darin liegt, daß, wenn man auch dieselbe auf die Parthieen-Anträge aussetzen würde, in der Regel doch das Gleiche eintreten würde, da es ganz in der Natur der Sache liegt, daß auch die Parthieen sich gewöhnlich zunächst auf die in der Nähe wohnenden Thierärzte berufen werden. Ueberdieß ist denselben die Theilnahme an diesem ersten Experten-Verfahren und, was die Hauptsache ist, der Antrag auf eine höhere Expertise offen gelassen. Was hier beantragt ist, ist auch ebendeßwegen, weil es der Natur der Verhältnisse entspricht, schon nach dem bisherigen Verfahren im Wesentlichen geltend geworden, wenn auch in etwas anderer Form und verspätet. Von größerer Bedeutung ist der Antrag, daß die zweite Expertise unmittelbar auf die erste folgen und es hiemit in der Regel sein Bewenden haben soll. Diese Maßregel ist absolut nöthig, wenn den oben geschilderten Mißständen abgeholfen werden soll. Sie kann auch in der That kein großes Bedenken erregen. Der Umstand, daß eine später vorgenommene Expertise in der Regel mancherlei Anständen und Zweifeln unterliegt, namentlich wegen veränderter Sachlage, macht die Befugniß hierzu häufig werthlos: sodann kann bei zwei Expertisen die Gefahr einer oberflächlichen oder verfehlten Beantwortung der entscheidenden Fragen nicht groß seyn. Eine dritte Expertise wurde schon bisher häufig nicht zugelassen, weil der Antrag hierauf nicht gehörig begründet werden konnte. Auch ist es nicht so leicht, Experten eines dritten Rangs — dritter Stufe zu finden.

Das bisher an sich unbeschränkt zustehende Recht hinsichtlich des Antrags auf Wiederholung der Expertise, auch in

Digitized by Google

späterer Instanz, war daher theils nutzlos, theils insoferne nachtheilig, weil gerade hierin der Grund liegt, daß die Einholung der weiteren Expertisen häufig verspätet wird.

Im Allgemeinen ist in den Vorschlägen zu II. bis VI. überall der Grundsatz motivirend, daß in solchen Sachen die Thätigkeit des Richters von Amtswegen die Hauptsache werden muß. Daß aber hiemit, wenn nur der Richter nicht gar zu indolent und ungeschickt ist, nach der Natur der in Frage stehenden Fälle, weit mehr für das wohlverstandene Interesse der Parthieen und das materielle Recht gewonnen ist, als durch die konsequenteste Wahrung des Prinzips der freien Bewegung der Parthieen bei Geltendmachung ihrer Rechte, wird bei einem Blick auf das oben Angeführte keiner Ausführung bedürfen.

Nach dem dermalen bestehenden ordentlichen Verfahren wird nun allerdings nur ein beschränkter Gebrauch von den voranstehenden Vorschlägen zu machen seyn. Doch wird ein Richter, dem ein etwas schärferer Ueberblick und Sicherheit im Verfahren zur Seite steht, sich leicht so viel Einfluß auf die Parthieen verschaffen, daß er die Sache nöthigenfalls auf den Grund eines gewillkührten Verfahrens, auf den Stand bringt, welcher bei den Vorschlägen vorgesehen und beabsichtigt ist. Besonders anzurathen ist, daß der Richter bei und — wo nur immer möglich — vor jedem Schritt seines Verfahrens den Parthieen vollständigen Aufschluß über seine Verfügungen und deren Gründe gibt, ihnen die Stellung anderer Anträge, wo es seyn kann, offen läßt und möglichst genaue und vorsichtig gewählte Präjudizien androht. Denn die Parthieen, ihre hilflose und bedenkliche Lage wohl fühlend, werden ein energisches Verfahren des Richters in der Regel gerne sehen.

VII. Sobald die zweite Expertise (oben VI.) vollführt, und die Bereithaltung des Thiers zur weiteren Untersuchung nach dem Ausspruch der zuletzt gehörten Experten nicht mehr erforderlich ist, ist jede Parthie berechtigt, die Versteigerung des Thiers und

Digitized by Google

Hinterlegung des Erlöses zu fordern. Der Richter ist verpflichtet, von Amtswegen auf Einleitung dieser Maßregel hinzuwirken. Sollte eine Parthie derselben die Zustimmung versagen, so ist solchem blos **unter der Voraussetzung** nachzugeben, daß dieselbe wegen fernerer Verpflegung des Thiers Vorschuß beziehungsweise Sicherheit leistet.

Das Motiv dieses Vorschlags liegt offen vor; die Unbedenklichkeit desselben ist eben so einleuchtend, da ja der nicht einverstandenen Parthie neben dem am Schluß bezeichneten Weg auch noch weiter offen steht, das Thier in der Versteigerung selbst zu erwerben.

Auch diese Maßregel wird schon nach dem dermaligen Verfahren von einem gewandten Richter leicht durchzuführen seyn, da ihm, auch wenn sein Einfluß auf eine chikanöse Parthie kein Uebergewicht erlangt, die Grundsätze über Provisorien gewöhnlich helfen werden.

VIII. Kann der zur Klage Berechtigte irgend wahrscheinlich machen, daß ein Verzug die Geltendmachung seines Klageanspruchs gefährde, so ist er befugt, auch schon vor Erhebung der Klage bei dem Gerichte, in dessen Bezirke das erkrankte Thier sich befindet, auf dessen alsbaldige Untersuchung und geeigneten Falls insbesondere Oeffnung und Zerlegung anzutragen. Es tritt in diesem Fall so weit thunlich das oben vorgeschriebene Verfahren ein. Wenn sofort die Klage bei dem zuständigen Richter angebracht worden ist, so hat die Vollendung der Untersuchung und die Begutachtung durch die bei diesem vorläufigen Verfahren aufgestellten Sachverständigen unter Leitung

des zuständigen Gerichts zu geschehen, und es ist sofort nach VI. weiter zu verfahren.

Diesem Vorschlag wird schon an der Hand der dermalen bestehenden Verfahrensgrundsätze, insbesondere über den Beweis zum ewigen Gedächtniß Folge gegeben werden können.

IX. Wenn der verurtheilte Verkäufer auf den Grund des wider ihn ergangenen Erkenntnisses seinen Vormann belangt, so ist der in dem Vorprozeß geführte Beweis, soweit er sich auf die Expertise und sonstige allgemeine Beweismittel gründet, auch für den Vormann bindend und es steht diesem eine weitere Beweisführung nur in so weit zu, als es sich um die eigenthümlichen Momente seines Vertragsverhältnisses handelt, oder der Fall neu aufgefundener Beweise vorliegt.

Dieser Satz enthält eigentlich nichts, als was — die gehörige Litis denunciation vorausgesetzt, — schon das bestehende Recht mit sich bringt, aber freilich vielfach verkannt wird. Es wäre deßhalb von großem Werth, wenn dasselbe ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen wäre; denn wenn nicht die Fälle, wo ein Thier schnell durch mehrere Hände geht, was bei dem Marktverkehr viel häufiger vorkommt, als man glaubt, zu einer wahren Plage werden sollen, so muß dieser Grundsatz an der Spitze des ganzen Verfahrens stehen und so klar und bestimmt vorgeschrieben werden, daß gegen jeden der Vorgänger auf den Grund desselben möglichst kurz und energisch prozedirt werden kann.

X. Ein Anspruch des Käufers auf Fütterungs- und Verpflegungskosten vorbehältlich des für die Benützung des Thiers zu machenden Abzugs findet nur von Zeit der Mittheilung der gerichtlichen Klage an statt und es ist hierüber von dem Gericht nach den

Digitized by Google

bestehenden allgemeinen gesetzlichen Vorschriften zu entscheiden.

Ein Anspruch des Käufers auf Ersatz der Kosten für fremde Verpflegung des Thiers findet bloß in dem oben Pkt. IV. vorgesehenen Fall statt.

Gewöhnlich bilden (wie dieß auch in dem oben angeführten Rechtsfall sich zeigte) die Ansprüche für die Erhaltung des Thiers am Ende die hauptsächlichsten und verwickeltsten Streitpunkte. Eigenthümliche Vorschriften hierüber wären zwar wohl wünschenswerth, sind aber nicht ausführbar; man kann sich hier nicht von den allgemeinen Rechtsnormen entfernen. Das römische Recht enthält auch hierüber zweckmäßige Bestimmungen.

f. l. 25. §. 8. l. 27. l. 29. §. 3. l. 30. §. 1. D. de aedil. edict. (21. 1).

Die hier beantragten Beschränkungen sind durch die Erfahrung geboten. Es kommt sehr häufig vor, daß die Parthieen, besonders der Käufer, das Thier ohne Weiteres in sogenannten unparteiischen Stall bringen, Jeder in der Erwartung, daß der Andere die Zeche zu bezahlen haben werde, und in der Meinung, daß ihm aus der eigenen Verpflegung Vorwurf und Präjudiz erwachsen könnte. Daß diesem Unfug gesteuert werde, erfordert die Rechtspolitik, denn die Folgen hievon sind: unverhältnißmäßiger Aufwand, Verwickelung des Streits, oft ganz neue Streitigkeiten und die Abgrabung der Möglichkeit gütlicher Beilegung. Der Verfasser könnte selbst auffallende Beispiele hierüber anführen, z. B. einen Fall, wo ein Streit über ein Pferd, welches endlich um 9 fl. weniger versteigert wurde, als der Kaufpreis betragen hatte, über 300 fl. derartige Kosten veranlaßt hatte, und nun die verwickeltsten Streitfragen über den Kostenersatz, bei welchem theils die Parthieen, theils Dritte in Verschuldung waren, entstanden, während der Hauptstreit 9 fl. betraf, und die Klage sich als eine fast muthwillige zeigte. Diesem Uebelstande kann ohne eine gesetzliche Bestimmung nicht ganz abge-

Digitized by Google

holfen werden; doch könnte ein thätiges Eingreifen von richterlichem Amtswegen zu rechtzeitiger Ordnung des Punkts mittelst Verhandlung mit den Parthieen Vielem vorbeugen.

---

2) Ueber das Entschädigungs-Prinzip der Brandversicherung für Häuser, Versicherungswerth, Bauwerth, Zustandswerth, Verkaufswerth, — in einer Darstellung der dießfälligen Bestimmungen der württembergischen älteren und neueren Gesetzgebung und einer Auslegung der Artikel 19 und 24 des Gesetzes über die allgemeine Brand-Versicherungsanstalt vom 14. März 1853.

(Von dem Herausgeber.)

I. Einleitung.

Die Frage, welcher Schaden bei einem abgebrannten Gebäude zu ersetzen sey, ist schon um deßwillen eine schwierige, weil, wie aus der Rubrik erhellt, vier verschiedene Elemente für die Bestimmung des Werths vorliegen, welche bei der Entschädigung in Frage kommen, — der Aufwand, welchen die Aufführung des Gebäudes verursacht hat, oder: welchen die Wiederaufführung desselben verursachen würde, — der bessere oder schlechtere Zustand, in welchem sich das Haus zur Zeit des Brandes befand, — die Versicherungssumme, mit welcher das Gebäude zur Versicherung angenommen wurde, und von welcher die Größe der jährlichen Beiträge des Versicherten abhängt, endlich der Werth, welchen das Haus nach den herrschenden Verkaufspreisen hatte, von welchen Elementen aber vernünftiger Weise keines für sich allein bestimmend seyn kann, sondern welche, mit Ausnahme des letzten — wenigstens in den meisten Fällen — neben einander von Einfluß sind und beachtet werden sollten. Hiezu kommt aber noch, daß in neuerer Zeit hiebei auch darauf Rücksicht zu nehmen ist, Brandstiftungen, welchen die Versicherung zu betrüglichem Gewinn

Digitized by Google

dienen kann, vorzubeugen. Die Frage ist von besonderer Bedeutung da, wo die Gebäude-Versicherungsanstalt, wie in Württemberg, ein öffentliches Zwangsinstitut ist, d. h. jeder Gebäudeinhaber derselben beitreten muß, sonach die Frage vorzugsweise der Gesetzgebung anheimfällt.

Württemberg hat hierüber eine ältere und eine neuere Gesetzgebung; die Darlegung und Erörterung dieser Gesetzesbestimmungen dürfte nicht blos in praktischer Beziehung von Interesse seyn, sondern es werden sich auch an der Hand derselben Grundlagen des gesuchten Prinzips am leichtesten auffinden lassen.

II. Einige geschichtliche Notizen über die bezügliche württemberg'sche Gesetzgebung.

In der Mitte des vorigen Jahrhunderts wurde das Projekt der Errichtung einer allgemeinen Brandversicherungsanstalt für Gebäude in Württemberg aufgenommen; aber erst am 16. Januar 1773 kam unter Mitwirkung der Landstände eine allgemeine Brandversicherungsordnung zu Stande. Hiedurch wurden die Eigenthümer sämmtlicher Gebäude in eine Gesellschaft zum Zweck der Versicherung gegen Brandschaden zwangsweise vereinigt und die Verwaltung des Instituts einer Deputation übertragen. Durch verschiedene bis 1807 erlassene einzelne Verordnungen wurde dieses Institut ausgebildet, bis die Erwerbung der neuen Landestheile eine neue, das ganze Land umfassende Brandschadensversicherungsordnung vom 17. Dezember 1807 hervorrief. Ueber diese und die ihr nachfolgenden weiteren Gesetze und Verordnungen bis 1838 erschien auf Veranlassung des K. Ministerium des Innern eine den Wortlaut der betreffenden Quellen und Bemerkungen enthaltende Bearbeitung:

Schweizer, die K. W. Brandschadensversicherungsordnung von 1807. Mit Anmerkungen ꝛc. Stuttgart 1839.

Einige in diesem Werk enthaltene Sätze charakterisiren das Institut dahin:

„Die Brandschadensversicherungsanstalt beruht auf einem

Digitized by Google

eigentlichen Gesellschaftsverhältnisse, in welchem die versicherten Werthe durch gemeinschaftliche Beiträge aller Mitglieder nach Verhältniß ihrer eigenen Versicherungssummen im Falle eines Brandunglücks zum Zwecke der Wiederherstellung der beschädigten oder zu Grunde gegangenen Gebäude vergütet werden. Sie ist ihrem Zwecke nach eine staatspolizeiliche Anstalt, welche als solche alle nicht ausdrücklich davon ausgeschlossenen Gebäude oder Gebäudekategorien umfaßt. Ihre Organisation im Ganzen und im Einzelnen und die Verpflichtung zur Theilnahme, sowie die Ausnahme und der Ausschluß von derselben sind Gegenstand der Gesetzgebung.

Zu Entrichtung der zu den Zwecken der Anstalt erforderlichen Beiträge sind eben dieser Anstalt die Eigenthümer der versicherten Gebäude, und an deren Stelle diejenigen verpflichtet, welchen die Baulast an einem Gebäude gegenüber vom Eigenthümer ausschließend oder zunächst obliegt.

Die Bestimmung der Größe der einzuzahlenden Beiträge, deren Erhebung und Beitreibung und die Verwaltung der ganzen Anstalt gehören in den Geschäftskreis der Regierungsbehörde.

Die oberste Leitung der Brandschadensversicherungsanstalt und die Aufsicht auf die Kassenverwaltung derselben steht dem K. Ministerium des Innern zu, unter welcher sowohl die Kreisregierungen, als auch die Oberämter und Gemeindebehörden, je in dem ihnen angewiesenen Wirkungskreis, die auf die Brandschadensversicherung bezüglichen Geschäfte zu besorgen und beziehungsweise zu leiten, auch innerhalb ihrer Zuständigkeit Verfügungen zu treffen haben."

Dieses Institut wirkte sehr segensreich, und es war überhaupt in Württemberg, dessen Gesetzgebung und Verwaltung in Bau- und Feuerpolizei sich überhaupt durch eine große Vorsicht auszeichnet, dessen Bewohnern durchschnittlich eine religiöse und moralische Haltung nachzurühmen war, bei der wenigstens die böse Absicht zu seltenen, meist blos durch die Motive von Haß und Rache veranlaßten Ausnahmefällen gehörte, und dessen Kriminalgerichte mit einer noch durch

Digitized by Google

keine unzeitige Humanitäts-Tendenz und Pyromanie-Theorieen beirrten Energie verfuhren, die Kalamität der Feuerschäden höchst leidlich.

Die überall wirkenden und bekannten Verhältnisse der Neuzeit hatten auch hier die Folge, daß die boshafte Brandstiftung zu einer Art Industriezweig wurde. Ein Hauptgrund des Uebels lag wie anderwärts in dem sonst so wohlthätigen Institut der Mobiliarfeuerversicherungsanstalten.

In Württemberg wurde schon im Jahre 1828 eine auf Gegenseitigkeit basirte sehr solide und gut organisirte derartige Anstalt begründet. Allein dieser gegenüber entwickelten sich durch die Konkurrenz einzelner blos auf Spekulation arbeitenden Gesellschaften höchst nachtheilige Einflüsse; manche Agenten, wenn auch nicht durch den Umstand, daß sie mit Tantièmen aus den versicherten Summen belohnt waren, getrieben, suchten ihren Anstalten durch eine außerordentliche Facilität in Bestimmung der Versicherungssummen und der Entschädigungsbeträge Eingang zu verschaffen.*)

*) Es kam vor, daß in einer Dorfgemeinde im Lauf von 1—2 Jahren etlich und zwanzig Brandstiftungen, beziehungsweise Brandstiftungsversuche geschahen. Die eingeleitete Untersuchung ergab unter Anderem, daß der Agent einer gewissen auswärtigen Mobiliarfeuerversicherungsgesellschaft förmlich darauf hingewirkt hatte, daß die Versicherungen weit höher gestellt wurden, als die Versichernden selbst beantragt hatten. War überhaupt einmal in einer Gemeinde eine Brandstiftung vorgekommen, wo eine hohe Entschädigung bezahlt wurde, so war die größte Gefahr. Die Agenten setzten nun alle Mittel in Bewegung, möglichst viele Versicherungen zu bewirken, und unter den Versicherten entstand mindestens Gleichgiltigkeit gegen Feuersgefahr, häufig aber der Gedanke an Böses. Ein kleiner, lange von Niemand beachteter Umstand wirkte wahrhaft verpestend — es waren dieß die öffentlichen Anzeigen und Danksagungen in allen Tagblättern mit Vignetten, welche das Bild darstellten, wie dem aus dem Flammenmeer stürzenden Eigenthümer ein Beutel hingestreckt wird, auf welchem die tröstlichen Zahlen 1000, 2000 ꝛc. bis 10,000 fl. zu lesen waren. Dazu noch die Zündhölzer als Gemeingut der lieben Schuljugend und böser Nachtgesellen!

Digitized by Google

Dem Mißstand wurde durch ein Gesetz vom 25. Mai 1830, wo übrigens die Kalamität ihren Höhepunkt noch nicht erreicht hatte, mit verschiedenen polizeilichen Beschränkungen der Mobiliarversicherung entgegengetreten. Allein das Gesetz, bei welchem mit Schonung gegen die guten Zwecke verfahren werden wollte, wirkte nicht durchgreifend. Man erkannte, daß auch in der Versicherungsanstalt für Gebäude ein Element des Unwesens lag. Nach der Pfandgesetzgebung von 1825 wurde (was eigentlich nicht unmittelbar vom Gesetz ausging) der Brandversicherungsanschlag bei Verpfändung von Gebäuden in der Regel maßgebend. Dieß hatte nach und nach eine Erhöhung der Brandversicherungssummen zur Folge und zwar häufig, um schlechten Schuldnern noch zu einem Darlehen zu verhelfen. Ging der Vermögenszerfall und häufig auch der Verfall des Hauses noch weiter, so konnte natürlich ein Brand, als Mittel, diesem Gebrechen abzuhelfen, dienlich scheinen und die Kriminalakten enthalten viele Beweise, daß von dem Mittel Gebrauch gemacht wurde oder werden wollte. Auch bedurfte die alte Brandversicherungsordnung in manchen andern Beziehungen einer Nachhilfe. Es wurde daher ein Gesetz vom 14. März 1853 erlassen, welches den zwangsweisen Beitritt aller Gebäudeeigenthümer mit einzelnen durch die absolute Feuersgefährlichkeit und andere besondere Umstände begründeten Ausnahmen aufrecht erhält, bezüglich des Beitragsfußes Klassen macht, hinsichtlich des Versicherungs- und Entschädigungsbetrags der Gebäude ein neues Prinzip aufstellte, bei welchem die Erfahrungen über die Gefahren der Brandstiftung zum Zwecke einer Spekulation von Einfluß wurden, und die obere Leitung des Brandversicherungswesens in die Hände einer Centralbehörde — Verwaltungsraths — legte *).

Lock, Handausgabe des Gesetzes ꝛc. mit Anmerkungen. Stuttgart, 1853.

*) Ueber die Erfolge dieses Gesetzes ist natürlich nach so kurzer Zeit nichts zu sagen. Inzwischen ist in Württemberg, wie anderwärts, seit mehreren Jahren die Zahl der Brandfälle im Abnehmen begriffen. Dem Geschworenenverfahren ist in

Digitized by Google

III. Kompetenzfrage bei Streitigkeiten bezüglich der Brandversicherung für Gebäude.

Früher war die Kompetenz der Gerichte in Streitfällen über Forderungen von Brandentschädigungen für Gebäude anerkannt, namentlich da der K. Geheimerath im Jahr 1831 die Thesis aufgestellt hatte, es eignen sich nur Streitigkeiten über die Verwaltung der Anstalt für die Administrativ-Justiz, streitige Ansprüche der Betheiligten an die Anstalt aber vor die Civilgerichte, wogegen derselbe im Jahr 1841 seine Thesis dahin änderte, daß überhaupt alle Streitigkeiten, welche sich bei Anwendung der Brandversicherungsordnung ergeben, in die Zuständigkeit der Verwaltungsjustiz fallen, und nur Ansprüche, welche Jemand nicht als Besitzer eines versicherten Gebäudes und nicht auf den Grund der Brandversicherungsordnung oder eines andern Gesetzes des öffentlichen Rechts an die Brandversicherungsanstalt erheben würde, an die Civilgerichte zu verweisen seyen.

Im Jahr 1844 ergab sich sofort ein Kompetenzkonflikt hierüber, welcher auf dem verfassungsmäßigen Weg für die Kompetenz der Administrativjustiz entschieden wurde.

Die Gründe des Gutachtens des K. Geheimenraths sind im Wesentlichen dahin formulirt: „daß die württembergische Immobilien-Feuerversicherungs-Anstalt, wie sie durch das allgemeine Landesgesetz vom 17. Dez. 1807 bestimmt worden, keine

---

dieser Beziehung gewiß viel zu verdanken; nirgends ist es besser am Platz, daß die moralische Ueberzeugung Hausrecht übe, als gerade bei diesem Verbrechen, und selbst wenn hie und da dem Irrthum ein Opfer fallen sollte, so muß man sich entgegenhalten, daß auch der Brandstiftung (wie dieß in Württemberg in neuerer Zeit auffallend oft der Fall war) Menschenleben auf schaudererregende Weise preisgegeben sind. Ueberdieß lassen sich etwa vorgehende Mißgriffe in der Regel immer noch zeitig genug im Gnadenweg repariren, wofür auch Württemberg Belege aufzuweisen hat. Noch ist hier zu bemerken, daß die Häufigkeit der Brandfälle auch in Württemberg das wohlthätige Institut der Feuerwehr in größerer Ausdehnung und guter Organisation in das Leben gerufen hat.

Digitized by Google

Privatgesellschaft, sondern eine allgemeine Staatsanstalt sey, die Verhältnisse derselben gegen die Einzelnen und die der Letzteren gegen das Institut durch öffentliche Gesetze und Verordnungen normirt seyen; daß es sich von gesetzlichen Verbindlichkeiten und Rechten, deren Handhabung den dafür konstituirten Behörden des öffentlichen Rechts obliege, nicht von Privatrechtsverhältnissen, von einem auf einem besonderen Titel beruhenden Privatrechte handle."

Diese Gründe sind denn allerdings nicht befriedigend; der Grundsatz, daß Alles, was durch öffentliche Gesetze normirt sey und von den Behörden des öffentlichen Rechts gehandhabt werde, zur Kompetenz der Administrativjustiz gehöre, würde in dieser Allgemeinheit eine petitio principii begreifen, da erst bewiesen werden müßte, daß die Brandversicherungs-Ordnung ein öffentliches Gesetz sey (ein Ausdruck, der überhaupt schwer zu präzisiren ist), und daß dieselbe in allen Beziehungen der Handhabung der öffentlichen Behörden übertragen sey; derselbe würde aber auch auf Konsequenzen führen, welche weder früher noch später in Württemberg geltend waren.

Inzwischen ist der ganze Streit, worüber Näheres zu ersehen bei

Hufnagel, Mittheilungen aus der Praxis der württembergischen Civilgerichte, Bd. 1, Nr. 74, S. 197 ff.

für Württemberg nun auch gesetzlich erledigt. Denn das Gesetz vom 14. März 1853 hat die Kompetenz der Administrativjustiz förmlich sanktionirt, wie aus dem hienach folgenden Gesetzesauszug zu ersehen ist.

Es ist nicht zu verkennen, daß, auch abgesehen von Gründen der legislativen Politik, die Kompetenz der Administrativ-Justizbehörden viel für sich hat. Die Natur des Rechtsverhältnisses, welches den Gegenstand eines solchen Streites bildet, wird am Ende doch um deßwillen als öffentlich rechtlich anzusehen seyn, weil die Gesetzgebung die Gebäude-Eigenthümer wohl nur mit Rücksicht auf Beziehungen des Staatsvereins in eine Zwangsgesellschaft vereinigt hat. Sie zwingt dieselben,

Digitized by Google

zu versichern und schreibt vor, wie sie versichern und auf welche Weise sie entschädigt werden sollen ꝛc., weil sie davon ausgeht, daß ein solches Institut zum gehörigen Bestand des Staatsvereins gehöre, wie z. B. das öffentliche Unterrichtswesen, und unter dieser Voraussetzung ist es denn allerdings seinem Ursprung und seiner Normirung nach ein öffentlichrechtliches.

IV. Notizen und Auszüge aus dem älteren und neueren Gesetz bezüglich der betreffenden Fragen.

1) Brandschadensversicherungsordnung vom 17. Dezember 1807.

Es ist hier vorderſamst zu bemerken, daß nach §. 5, 6, 11 dieses Gesetzes sowohl hinsichtlich des Gegenstandes, als des Maßes der Versicherung diejenigen beschränkenden Bestimmungen bestanden, welche in der Natur der Sache liegen, z. B. Ausschluß der Area, des Werths von bloßen Attributen und Verkehrsvortheilen, namentlich Gerechtigkeiten, vortheilhafte Lage ꝛc. Es ist jedoch ausgesprochen, daß der wahre Werth der Gebäude an und für sich durch Schätzung einer öffentlich bestellten Kommission die Grundlage der Versicherung bilden solle, und es ist das Prinzip der Versicherung nach dem wahren Werth so entschieden aufgestellt, daß ein geringerer Versicherungsantrag nur insoweit zulässig erklärt wurde, als er wenigstens $^3/_4$ der nach dem wahren Werth vorzunehmenden Schätzung betrug. In einer Ministerial-Instruktion über das Schätzungsverfahren vom 2. Dezember 1830 ist gesagt: „Als wahrer Werth ist übrigens nicht sowohl der Aufwand, den die Errichtung der betreffenden Gebäudetheile verursacht hat, oder ihre Wiederherstellung muthmaßlich verursachen würde, als vielmehr derjenige Preis anzusehen, welcher dafür im Falle eines Verkaufs wahrscheinlicherweise vergütet werden würde.“ (Auf diesen Punkt werden wir später zurückkommen.)

Der in dieser älteren Brandschadensversicherungsordnung aufgestellte Grundsatz über den Schadensersatz ist wörtlich folgender:

Digitized by Google

§. 16.

„Von der Brandschadensversicherungs-Anstalt wird nur derjenige Schaden ersetzt, welcher durch Brand oder durch die zu Hemmung eines ausgebrochenen Feuers angewendeten Löschanstalten, die das Niederreißen oder eine sonstige Beschädigung versicherter Gebäude zur Folge haben, verursacht wird."

(Folgen sofort nähere Bestimmungen.)

Der Schadensbeweis wird auf indirektem Weg geführt durch Abschätzung der unbeschädigt gebliebenen Theile eines Gebäudes, worüber die Brandversicherungs-Ordnung wörtlich bestimmt.

§. 15.

„Bei den Gebäuden, welche gänzlich abgebrannt sind, und wenn an den versicherten Bestandtheilen nichts, was noch brauchbar und von einigem Werth seyn möchte, übrig geblieben ist, bedarf es nur eines dießfallsigen gerichtlichen Attestats.

Sollte aber ein Gebäude nicht ganz zu Grunde gegangen seyn, so muß vorderſamst in Vergleichung mit dem Kataster erhoben werden, ob der verschont gebliebene Theil nach dem §. 6 unter dem Versicherungsanschlage begriffen sey, oder nicht, im letzten Fall findet kein Abzug von der Entschädigung, folglich auch keine Abschätzung Statt; im ersten Fall hingegen hat der Beamte eine pflichtmäßige Schätzung und Abschätzung durch die zwei Ortsvorsteher und drei erfahrene, unparteiische und beeidigte Bauverständige (worunter jedoch niemals derjenige Zimmer- oder Maurermeister, der dem Beschädigten arbeitet, seyn darf) vorzunehmen und solche von ihnen sowohl, als auch von den Verunglückten beurkunden zu lassen.

Bei dieser Abschätzung kommt es nicht darauf an, was das befragte Gebäude wirklich werth gewesen, was der verschont gebliebene Theil an sich werth seye, oder was die Herstellung des Gebäudes kosten würde, sondern es fragt sich nur, der wie vielste Theil des ganzen Versicherungsanschlags zu Grunde gegangen sey? namentlich ob der halbe, dritte, vierte, sechste, achte, zehnte ꝛc. Theil? z. B. ein Gebäude, das an

Digitized by Google

sich 1600 fl. werth, von dem Inhaber hingegen nach dem §. 5 nur um 1200 fl. angeschlagen, und so versichert worden wäre, würde um den vierten Theil als verschont abgeschätzt, so erhielte der Inhaber nur 900 fl. Entschädigung."

(Folgen noch weitere besondere Bestimmungen.)

2) Gesetz vom 14. März 1853.

Nach diesem Gesetz Art. 10, 12, 15 sollen die neuen Versicherungen alljährlich auf einen bestimmten Termin eingeleitet und hiemit von der Gemeindebehörde eine Prüfung sämmtlicher Versicherungsanschläge in der Gemeinde verbunden, außerdem noch von Zeit zu Zeit auf Anordnung des Ministeriums eine allgemeine Revision der Versicherungsanschläge und Klassifikation der Gebäude des ganzen Landes vorgenommen werden, vorbehältlich der Anordnung besonderer Revisionen in einzelnen Orten, wozu der Verwaltungsrath Anlaß findet. Für die Schätzung sind (Art. 20—22) Kommissionen aus Bauverständigen und dem Ortsvorsteher bestehend, mit Vorschriften über die Form des Verfahrens, bestimmt, und es steht dem Versicherer Antrag auf weitere Schätzung und Rekurs an den Verwaltungsrath zu. (Art. 23.)

Die unsere Frage unmittelbar betreffenden Bestimmungen des Gesetzes sind folgende:

Art. 18.

„Bei der Schätzung ist blos das Gebäude als solches in Betracht zu ziehen, und ist weder der Werth des Bauplatzes, noch die mehr oder minder vortheilhafte Lage, noch eine darauf ruhende Gerechtigkeit in Anschlag zu bringen.

Art. 19.

Für die Ermittlung des Werths wird ohne Rücksicht auf etwaigen höheren Kaufpreis lediglich der Aufwand für die Herstellung des Gebäudes an Material und Arbeitslohn in Berechnung genommen.

Bei Gebäuden, welche zur Zeit der Einschätzung nicht mehr in vollkommen gutem Zustand, wie unmittelbar nach dem Neubau sich befinden, ist der Betrag der Herstellungs-

Digitized by Google

kosten mit Rücksicht auf Alter und Zustand zur Zeit der Schätzung herabzusetzen.

Den Werthsbestimmungen sind die zur Zeit der Schätzung geltenden mittleren Ortspreise, ohne Rücksicht auf vorübergehende Preisschwankungen, zu Grunde zu legen.

Ist in Folge besonderer Entwerthungsursachen der gemeine Werth eines Gebäudes geringer als der nach vorstehenden Bestimmungen ermittelte innere Werth, so kann nur jener geringere Werth Gegenstand der Versicherung seyn."

Es folgen nun weitere spezielle Bestimmungen über die Vornahme der Schätzung, wozu eine Kommission aus Bauverständigen und dem Ortsvorsteher gebildet und dem Beschädigten eine weitere Berufung für gewisse Fälle offen gelassen wird.

Art. 24.

„Wenn ein Gebäude gänzlich abgebrannt ist, so besteht die zu leistende Entschädigung in der ganzen Versicherungssumme nach Abzug des Werths der etwa übrig gebliebenen Baumaterialien.

Bei theilweisen Beschädigungen verhält sich der Entschädigungsbetrag zur ganzen Versicherungssumme so, wie die zur Wiederherstellung des abgebrannten Theils erforderlichen Kosten sich zu dem Kostenaufwand verhalten, welcher nothwendig wäre, um das Gebäude in seiner bisherigen Einrichtung, soweit es versichert war, neu aufzuführen.

Kann dargethan werden, daß der Versicherungsanschlag des Gebäudes nach der Beschaffenheit desselben zur Zeit des Brandes denjenigen Betrag, welchen der Versicherte nach Art. 19 zu erhalten gehabt hätte, offenbar überstieg, so kann der Entschädigungsermittelung nur der letztere zu Grunde gelegt werden."

Nach den Art. 33—38 geschieht die Entschädigung lediglich zum Zweck der Wiederherstellung des Gebäudes — mit einigen Modifikationen bezüglich der Translokation und Transformation desselben, und sie geht verloren, wenn die Wiederherstellung nicht binnen 10 Jahren erfolgt.

Digitized by Google

Noch sind folgende Bestimmungen über das Verfahren auszuheben:

Art. 44.

„Die Verwaltung besorgt unter der obern Leitung des Ministeriums des Innern ein von Uns ernannter Verwaltungsrath.

Derselbe besteht ordentlicher Weise aus drei Mitgliedern, von denen eines zum Richteramte befähigt seyn muß und wird im Falle der Entscheidung von Streitigkeiten durch zwei weitere Kollegialmitglieder verstärkt."

Art. 45.

„Der Verwaltungsrath entscheidet insbesondere über:

a) die Theilnahme an der Anstalt,
b) die Klassifizirung der Gebäude,
c) die Größe des Beitrags für die Gebäude in den einzelnen Klassen,
d) den Anschlag der Gebäude,
e) die Ansprüche auf Entschädigung wegen Brandschaden,
f) die Uebertretungen gegen dieses Gesetz.

Die übrigen Befugnisse desselben werden durch Verordnung festgestellt.

Art. 46.

„In den unter lit. a, b, c und d des Art. 45 aufgeführten Fällen ist die Entscheidung des Verwaltungsraths endgiltig. Gegen Entscheidungen desselben über Entschädigungsansprüche wegen erlittenen Brandschadens (Art. 45 lit. e) steht den Betheiligten, soferne der Streitgegenstand ohne Einrechnung der Kosten des Verfahrens den Werth von 200 fl. übersteigt, der Rekurs an den K. Geheimenrath offen. Die Beschwerde ist innerhalb der Frist von dreißig Tagen von der Zeit der Eröffnung des Erkenntnisses des Verwaltungsraths an auszuführen."

V. Einige allgemeine Bemerkungen über diese Gesetzesbestimmungen.

Das Prinzip der alten Brandschadensversicherungs-Ord-

Digitized by Google

nung, den Brandschaden nach dem kombinirten Verhältniß des Verlustes und Versicherungsbetrags zu vergüten, ist, unter der Voraussetzung, daß die Versicherungssumme dem wahren Werth entspricht, logisch und rechtlich so gut begründet und dabei so einfach, daß der Gesetzgeber selbst durch die Erfahrungen über die nicht zu beseitigenden Mißstände bei den Einschätzungen sich nicht bestimmen ließ, das Prinzip selbst aufzugeben, sondern nur die Modifikation des Absatzes 3 von Art. 24 eintreten ließ. Dieser Absatz hat nun aber eine Deutung erfahren, welche eine der Natur des Gesetzes und allgemeinen Grundsätzen ganz zuwiderlaufende Rechtskränkung involviren würde und die bedenklichsten Folgen vom national-ökonomischen Standpunkt aus betrachtet haben könnte. Man hat nämlich in diesen Satz in Verbindung mit Absatz 4 des Art. 19 den Sinn gelegt, daß hienach auch in Fällen, wo der örtliche Kaufwerth im Allgemeinen, also z. B. in Folge vieler Gantungen, Auswanderungen u. dgl. unter den Betrag des Bauwerths herabgesunken sey, eine entsprechende Verminderung des Versicherungsanschlags und bei einer erst nach dem Brand sich ergebenden derartigen Entwerthung eine Herabsetzung des Entschädigungsbetrags unter den Versicherungsanschlag eintreten könne und solle.

Für den ersten auf die Bestimmung des Versicherungsbetrags nach Art. 19, Abs. 4 bezüglichen Theil des Satzes ließe sich etwa anführen: es könne der Versicherer nicht fordern, daß ihm mehr Entschädigung für sein Gebäude garantirt werde, als der Werth, den ihm Zeit und Umstände selbst gelassen haben; auch wären die Folgen um deßwillen weniger bedenklich, weil ihm wenigstens die Aussicht bliebe, mit dem Steigen der Kaufpreise wieder eine Erhöhung der Versicherungssumme zu bewirken. Es ist aber klar, daß durch diese Gründe die Vorwürfe nicht beseitigt werden könnten, daß das Gesetz sich durch eine solche Bestimmung in gänzlichen Widerspruch mit dem Zweck und der Natur einer Brandversicherungsanstalt setzen, daß es in Inkonsequenz mit seinem eigenen Prinzip gerathen und daß diese Bestimmung bei einem Zwangs-

Digitized by Google

Institut, welches den Staatsbürger hindert, anderswo volle Versicherung zu finden, und noch dazu die Wiederherstellung des Gebäudes zur absoluten Bedingung der Entschädigung macht, eine wahre Ungerechtigkeit involviren würde. Der zweite Theil des Satzes — die Herabsetzung des Entschädigungsbetrags — wäre, wenn der erste Theil richtig wäre, insofern konsequent, als es an sich begründet wäre, eine sich später ergebende ungesetzliche Behandlung des Versicherungsaktes nachträglich zu repariren; und es müßte sogar solches geschehen, wenn die Staatsbehörde auch noch so viele Gründe fände, auf eine höhere Entschädigung zu erkennen. Allein gerade diese Konsequenz würde praktisch am gefährlichsten und unbilligsten wirken. Der Brandbeschädigte wäre ganz den Zufallschancen Preis gegeben. Wenn er für sein Haus ein Viertelsjahrhundert hindurch die dem Bauwerth entsprechenden Gebühren bezahlt hätte, wenn er dasselbe in gehörigem baulichen Stand erhalten oder gar verbessert hätte, und es wäre in den letzten Jahren durch die oben berührten Umstände vorübergehend eine ganz unnatürliche Herabdrückung der Kaufpreise eingetreten, so hätte er nun, wenn ihm das Haus durch Bosheit angezündet oder durch die brennenden Nachbarhäuser ergriffen würde, eine Vergütung zu erwarten, welche ihm vielleicht kaum ein Viertheil der Kosten des Wiederaufbaues gewährte, und, wenn ihm nicht möglich wird, die Kosten auf anderem Weg aufzutreiben, so würde er nicht einmal die wirklich zuerkannte Entschädigungssumme erhalten; ja, es könnte auf diese Weise der Fall eintreten, daß, wenn ein größerer Theil des Orts abbrannte, dasselbe öde liegen bleiben müßte.

Man wäre wohl nie auf diese durch die Gesetzesworte entfernt nicht hervorgerufene Auffassung gekommen, wenn nicht die Kammerdebatten eine leicht zu Mißverständnissen führende Richtung auf diesen Punkt genommen hätten und schon die Ministerialinstruktion vom 2. Dezember 1830 das Element des Verkaufspreises in die Schätzung hereingezogen gehabt hätte.

Digitized by Google

Ob eine solche Auffassung des Gesetzes begründet sey, dieß ist Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung.

VI. Auslegung der Art. 19 und 24 des Gesetzes vom 14. März 1853.

A. Die grammatische und logische Auslegung des Art. 24 beziehungsweise 19 des Gesetzes vom 14. März 1853 ergibt folgendes:

1) Regel ist, daß die Entschädigung in der ganzen Versicherungssumme dessen, was durch Feuer zerstört ist, geleistet wird. (Art. 24, Abs. 1.)

2) Regel ist, daß die Versicherungssumme den nach den zur Zeit der Schätzung geltenden mittleren Ortspreisen zu ermessenden Herstellungskosten eines, dem zerstörten Gebäude — so wie es zur Zeit des Brandes eben war — gleichen Neubaues (für Material und Arbeit) gleichkommt. (Art. 19, Abs. 1—3.)

3) Das Prinzip, daß diese Herstellungskosten entscheiden, ist so allgemein, daß es auch bei theilweiser Zerstörung (proportionaliter) angewendet wird. (Art. 24, Abs. 2.)

4) Unter den Versicherungsanschlag kann die Entschädigung nur ausnahmsweise herabsinken, wenn derselbe den Werth des zerstörten Gebäudes nach dessen konkreten Verhältnissen zur Zeit des Brandes (so wie er nach den Grundsätzen des Art. 19 festzustellen gewesen wäre) offenbar überstiege. (Art. 24, Abs. 3.)

5) Dieser Fall ist vorhanden:

a) wenn die Beschaffenheit des Gebäudes wegen seines Alters oder sonstigen Zustandes, z. B. weil das Holz den Schwamm hat, zur Zeit des Brandes von der Art war, daß sein Werth im Ganzen geringer war, als die Herstellungskosten des künftigen Neubaues. (Art. 19, Abs. 2.)

b) Wenn besondere Entwerthungsursachen, d. h. solche Ursachen, welche bezüglich des konkreten Gebäudes wirksam sind, demselben einen geringeren Werth an sich, d. h. nach den absoluten Taxationsmomenten (nicht nach zufälligen

Digitized by Google

Kaufschancen) geben (Art. 19 Abs. 4 vgl. Abs. 1.); wohin z. B. gehören würde: eine fehlerhafte Konstruktion des Hauses, welche bewirkt, daß es 5000 fl. Baukosten nöthig macht, während es nach dem ordentlichen Gang der Dinge mit bloß 3000 fl. gebaut werden könnte, ferner wegen drohenden Weichens des Fundaments, oder wenn der nach den Momenten des Falls an sich zu bestimmende Werth — der gemeine Werth im Gegensatz gegen den Bauwerth — in Folge besonderer, auf den Werth dieses konkreten Hauses einfließenden Ursachen, z. B. eines drohenden Felsensturzes, einer Unterwühlung durch ein vorbeifließendes Wasser u. dgl. zur Zeit des Brandes ein geringerer war, als der Versicherungsanschlag betrug, oder endlich

c) wenn sich zeigt, daß bei der Schätzung und Versicherung fehlerhaft verfahren, z. B. ein besonders günstiger Verkehrswerth in Beachtung genommen wurde (Art. 18 u. 19 Abs. 1).

6) Immer ist biebei vorausgesetzt, daß die Verhältnisse — Alter, Beschaffenheit und besondere Entwerthungsursachen — bei dem vorliegenden Versicherungsanschlag nicht berücksichtigt sind, sey es, daß dieß fehlerhafterhafterweise nicht geschah, oder, daß sie erst in der Periode vom Anschlag (also auch vor der Revision) bis zum Brand entstanden sind. Auch liegt der Beweis der Anstalt ob; in dubio gilt der Versicherungsanschlag (Art. 24, Abs. 3).

7) Ganz fremd soll der Werthsbestimmung sowohl bezüglich der Versicherung (Art. 19, Abs. 1 und 3) als bezüglich der Entschädigung (Art. 24, Abs. 3) das Moment des Kaufswerthes bleiben, sowohl wenn solcher ein höherer wäre, als die Herstellungskosten es mit sich bringen, als wenn er nach vorübergehenden Preisschwankungen ein geringerer wäre.

Letzteres entspricht auch den Grundsätzen, welche die Gesetze bei Verpfändungen aufstellen.

Vgl. Hauptinstruktion zum Pfandgesetz vom 14. Dezember 1825. §. 165.

Kaufpreise können bei allen Taxationen nur insoferne in Betracht kommen, als sie der Natur der Sache nach eines der allgemeinen Momente der Werthstaxation bilden können, also

Digitized by Google

bei Gegenständen und in Fällen, wo es überhaupt auf Verkäuflichkeit ankommt. Dieß ist bei dem Versicherer nicht der Fall; er hat sein Haus, um darin zu wohnen und es zu vermiethen, und versichert, um ein Haus für diese Zwecke zu behalten. Wäre der Verkaufswerth entscheidend, so könnte eine Kirche in der Regel gar nicht, ein großes Fabrikgebäude wenigstens häufig nicht versichert werden. Denn verkäuflich ist eine Kirche nie viel besser als zum Abbruch, ein Fabrikgebäude häufig ebenso. Die Vorschrift von Abs. 3 Art. 19 hat zwar wohl zunächst Bezug auf die Werthsbestimmung der Baumaterialien; allein sie zeigt, daß jedenfalls vorübergehende Preisschwankungen ausgeschlossen wären, daß, wenn auch der Kaufswerth bei der Schätzung in Rücksicht zu nehmen wäre, wenigstens die nach allgemeinen Taxationsgrundsätzen auch sonst ausgeschlossenen außerordentlichen Gründe einer Preisherabdrückung nicht in Anschlag kommen dürften.

8) Wollte man das Gesetz so auslegen, daß nach Abs. 3 Art. 24 die Entschädigung unter die Versicherungssumme herabgesetzt werden könne, wenn die Kaufpreise in Folge allgemeiner Chancen gesunken seyen, so wäre das ganze Versicherungsinstitut von Seiten des Rechts und der Staatsklugheit gleich unhaltbar.

Wenn dem Eigenthümer das Haus, das er um 1000 fl. versichert hat und versichern durfte, weil es für ihn als Selbstbewohner diesen Werth der niedern Preise unerachtet hatte, und die Herstellungskosten in gleicher Güte wenigstens eben so viel betragen, — wenn ihm dieses Haus abbrennt, selbst nachdem er den Versicherungsbeitrag vielleicht 25 Jahre aus der Versicherungssumme von 1000 fl. bezahlt und sein Haus stets in gutem Stand erhalten hatte, so erhielte er vielleicht 200 fl., weil in Folge von Verhältnissen, wie man sie schon oft und neuestens wieder 1848—1854 durchgemacht hat, im Orte ähnliche Häuser zur Zeit des Brandes — einschließlich der Area, welche 100 fl. werth ist, — um 300 fl. zu kaufen waren. Er kann mit 200 fl. nicht bauen, und weil er nicht bauen kann, erhält er gar nichts; er kann also künftig

Digitized by Google

auch nicht wohnen, weil er kein Geld hat, ein anderes Haus um 300 fl. zu kaufen. Sind viele Häuser einer Gemeinde abgebrannt, so können sämmtliche Abgebrannte weder neu bauen, noch wohnen, und es zeigt sich gerade in Unterstellung dieses Falls die gänzliche Unhaltbarkeit des Grundsatzes; denn sobald in einem Ort mehrere Häuser abgebrannt sind, so verändert sich der gemeine Kaufpreis sogleich gänzlich. Gleich schlecht daran wären die Hypothekargläubiger; das Versicherungsgesetz von 1853 hätte an allen bisher mit Häusern versicherten Gläubigern eine wahre Rechtsvernichtung begangen, wenn es diesen Sinn hätte, und es wäre für die Zukunft eine Geldaufnahme auf Gebäudehypotheken ganz unausführbar.

9) Daß das Gesetz diesen Sinn nicht hat, folgt aber nicht bloß aus den Gesetzesartikeln 24 und 19, und insbesondere Art. 19 Abs. 3 mit den Worten: „ohne Rücksicht auf vorübergehende Preisschwankungen"; Abs. 4 mit den Worten: „in Folge besonderer Entwerthungsursachen"; Art. 24 Abs. 3 mit den Worten: „nach der Beschaffenheit desselben"; sondern auch aus Art. 12. Hienach muß jedes Jahr eine Revision des Anschlags vorgenommen werden. Wäre die Meinung gewesen, daß hiebei auf die Chancen der Kaufpreise Rücksicht zu nehmen sey, so wäre das halbe Württemberg in Zeiten der Bewegung und Erschütterung der Werth-Verhältnisse alljährlich in einem Tarationsprozeß begriffen, dessen gehörige Durchführung in der That kaum möglich wäre. (Man denke nur daran, daß von jeder solchen Aenderung nach Art. 33 des Gesetzes vom 13. November 1855 dem Pfandgläubiger Nachricht gegeben werden müßte!) Sollten aber die Preischancen auf den Eintritt des Entschädigungsfalls ausgesetzt seyn, so wäre dieß eine Perfidie, welche einer civilisirten Legislation zuzutrauen eine wahre Injurie wäre; denn es ist klar, daß der kurze Zwischenraum von der letzten Jahresrevision bis zum Brand keine solche Aenderung durch Kaufschancen herbeiführen kann, daß es begründet wäre, bloß wegen dieser Zwischenzeit abzuziehen. Es könnte also nur darauf gerechnet seyn, daß während die Preischancen bei der

Digitized by Google

alljährlichen Revision unbeachtet bleiben dürften, hiemit bei der Entschädigungsermittlung hervorgetreten werde. Rechtlich ganz unzulässig wäre, zum Beweis des Kaufswerths das Zeugniß desselben Gemeinderaths zu benützen, welcher bei den vorangegangenen Revisionen denselben unbeachtet gelassen hat. Und doch würde dieses Zeugniß in den meisten Fällen kaum entbehrt werden können.

10) Ist es richtig, daß eine nachträgliche Herabsetzung der Versicherungssumme nach den Kaufpreisen nach Art. 24 unbegründet ist, so folgt hieraus, daß diese nach Art. 19 auch nicht bei der primitiven Schätzung berücksichtigt werden können. Denn eine solche Auslegung des Art. 24 kann nur auf den Grund des Art. 19 geschehen, und wie oben bemerkt, würde aus dem Art. 19, wenn er so zu verstehen wäre, nothwendig folgen, daß auch der Art. 24 so angewendet würde. Ist aber, wie gezeigt, eine solche Anwendung des Art. 24 ungerecht und unausführbar, so kann auch der Art. 19 nicht so ausgelegt werden.

B. Die Geschichte des Gesetzes bestätigt im Wesentlichen die obige Auffassung des Sinnes der betreffenden Artikel. Zwar ist nicht zu verkennen, daß einige Aeußerungen bei der Debatte gefallen sind, welche für eine andere Ansicht angeführt werden könnten. Allein daß bei Auslegung eines Gesetzes auf solche gar häufig ohne Ergreifen des Zusammenhangs und ohne Durchblick der Konsequenzen hingeworfene Aeußerungen Einzelner nicht zu bauen sey, ist schon vielfach geltend gemacht worden, und es kann nicht genug vor den Gefahren einer solchen einseitigen Auslegungsweise gewarnt werden.

Nur die ausgesprochenen und anerkannten Momente der prinzipiellen Begründung und Feststellung des Gesetzes, welche vorzüglich aus den Gesetzeseinführungsvorträgen, aus den Kommissionsarbeiten und Anträgen, sowie aus den Aeußerungen der Regierungsorgane hierüber im Zusammenhalt mit den wirklich erfolgenden Beschlüssen zu entnehmen sind, können entscheidend werden. Es liegt dießfalls hier vor:

1) Als Prinzip des Gesetzes ist bei dem Einbringen des

Gesetzesentwurfes der Regierung offen ausgesprochen, daß der Aufwand für die Herstellung bei der Versicherungssumme entscheidend sey, der Verkaufswerth durchaus nicht in Rücksicht komme,

Verhandl. d. K. d. Abg. v. 1851—1852.
Begleitungsvortrag, 1. B.B. S. 114. zu 3.
Vgl. a. Motive, B.B. 1. S. 122. zu Art. 21.

nur daß der Versicherte unter keinen Umständen einen Gewinn machen soll, gegen das, was er durch Brand verloren hat.

Motive zu Art. 15. I. B.B. S. 122.
Vgl. Verhandl. IV. Bd. S. 2280.

Das hiebei eigentlich unterliegende Motiv war: die Gefahr des Selbstanzündens zu beseitigen.

Verhandl. IV. Bd. S. 2264. 2278.

Nun zündet aber um deswillen, weil die Verkaufspreise überhaupt nieder stehen, Niemand sein Haus an, sondern deswegen, weil es in concreto weniger werth ist, als der Versicherungs-Anschlag; denn er erhält die Versicherungssumme nicht, ohne wieder zu bauen. Es könnte also höchstens die Absicht seyn, den Versicherer durch die Gefahr, gar nicht mehr bauen zu können, von dem Anzünden abzuhalten. Welche Härte es aber wäre, diejenigen, welche ihre Häuser durch die Brandstiftung eines Andern verlieren, unter einer solchen Präventiv-Maßregel leiden zu lassen, ist oben gezeigt. Blos in so weit, als der Versicherte gewinnen würde, soll unter die Versicherungssumme herabgestiegen werden dürfen. Gewinn ist es nicht, wenn er blos so viel erhält, als erforderlich ist, um das Haus bis zu demjenigen Zustand wieder herzustellen, in welchem es verbrannt ist, wenn dies auch mehr ist, als er es im Augenblicke hätte verkaufen können. Er wollte und mußte es nicht verkaufen, sondern konnte zuwarten, bis wieder die Durchschnittskaufpreise eingetreten waren. Er will und soll auch jetzt nicht ein anderes Haus kaufen, sondern das abgebrannte wieder herstellen, so gut es war.

Anders, wenn das Haus aus Gründen, welche in den konkreten Verhältnissen eben dieses Hauses selbst liegen, zur

Digitized by Google

Zeit des Brandes den Werth nicht hatte, welcher versichert wurde. Hier würde der Versicherte gewinnen, denn es ist das Haus schon an und für sich für den Versicherer selbst vor dem Brand um so viel weniger werth gewesen, als er nun weniger erhalten soll.

2) Die ganze Debatte über die Art. 19 und 24 zeigt, daß große Bedenken dagegen erhoben wurden, daß überhaupt ein Herabgehen unter den Versicherungsanschlag zugelassen seyn soll; insbesondere ist ersichtlich, daß das Hereinziehen der Verkaufswerthe als ein für den Versicherten gefährliches Element der Schätzung bekämpft wurde.

Vergl. Verhandl. IV. Bd. S. 2259. 2263. 2265. 2280. 2281.

und es ist der Absatz 3 des Art. 24 von der Kammer bei der ersten Abstimmung — offenbar mit hauptsächlicher Rücksicht auf diese Bedenken — sogar verworfen worden.

Verhandl. IV. Bd. S. 2281.

Andererseits wollte der Verkaufswerth in verschiedenen Richtungen in die Schätzung hereingebracht werden.

Es sind aber alle in letzterer Beziehung beantragten Amendements gefallen, so namentlich der Antrag der Kommission: einen Durchschnitt von Bauwerth und Kaufswerth zur Versicherung zu bringen, ferner das Amendement, daß Ortspreise in Anschlag genommen werden, ferner daß die Worte: besondere Entwerthungsursachen, weggelassen werden sollen.

Verhandl. IV. Bd. S. 2266. ff.

Die Bedenken, welche gegen die Beschränkung des Bauwerths erhoben wurden, erhielten im Laufe der Debatte eine Entwicklung, welche zwar zeigt, daß wenig Klarheit und Uebereinstimmung in den Ansichten über diesen Punkt bestand, die betreffenden Gesetzesbestimmungen jedoch offenbar blos in dem Sinne angenommen wurden, daß der Versicherungsanschlag die Regel für die Entschädigung bilde und unter diesen blos ausnahmsweise dann heruntergestiegen werden dürfe, wenn er nach den besonderen, in dem Haus in concreto gelegenen Verhältnissen, in einem offenbaren Mißverhältniß zu dem Werth des

Digitized by Google

Hauses zur Zeit des Brandes stehe, wie er bei dem Versicherungsanschlage und insbesondere bei der letzten Revision nach den gesetzlichen Grundsätzen hätte bestimmt werden sollen.

Hiefür ist besonders Folgendes anzuführen:

a) die Erklärung des Regierungsorgans bezüglich der Anfechtungen, welche Absatz 4 des Art. 19 erlitt,

Verhandl. IV. Bd. S. 2264—2265.

ist auch für den Sinn des Abs. 3 des Art. 24 maßgebend, weil letzterer ganz von dem Sinn des ersteren abhängt.

In dieser Erklärung ist zuerst auf das Bestimmteste das Prinzip aufgestellt, daß der Versicherte sein Haus wieder bauen können und von dem Handelswerth abstrahirt werden müsse.

Verhandl. a. a. O. S. 2264. (Abs. 3. Wenn der ꝛc.)

Dann folgt allerdings bei Erörterung des Entschädigungsprinzips, welches hier bezüglich der Einschätzung abgehandelt wird, ein Beispiel von einem durch veränderten Verkehr verminderten Werth; aber es ist dies auch nur eine diesem Haus eigenthümliche Entwerthungsursache, wodurch der Verlust schon vor dem Brand eintrat.

Verhandl. a. a. O. S. 2264. (Abs. Wenn ich ꝛc.)

Ueberdies aber hat dieses Beispiel offenbar eine andere Beziehung. Es konnte, wenn bei dem Versicherungsanschlag richtig verfahren wurde, dieser höhere Verkehrswerth gar nicht in den Anschlag hinein kommen. Es wollte also wohl nur gesagt werden: wenn dies doch geschah, so darf am Ende die Entschädigung nicht hienach gereicht werden. Uebrigens ist diese Beschränkung an sich um deswillen ganz unbedenklich, weil das Haus auch mit der geringeren Entschädigung immer noch als gemeines Wohnhaus, wenn auch nicht als von dem Verkehr begünstigtes Haus wieder aufgebaut werden könnte. Auch nach dieser Aeußerung hat aber das Regierungsorgan wieder — übereinstimmend mit dem Begleitungsvortrag — auf das Bestimmteste erklärt, daß nicht der Verkaufswerth, wie dies früher eine Zeitlang versucht, aber unpraktisch ge-

Digitized by Google

funden worden sey, sondern einzig der Bauwerth entscheide, daß hiebei Jeder gesichert sey, wieder bauen zu können.

Verhandl. a. a. O. S. 2264. 2265. (Abs. Ich bemerke ꝛc.)

Diese Erklärung ist ganz entscheidend. Unter dem früheren, als unpraktisch erfundenen Versuch ist die oben IV. 1. angeführte Bestimmung der Ministerialverfügung vom 2. Dezember 1830 verstanden, wonach bei der Schätzung nicht sowohl der Bauwerth, als vielmehr der Verkaufswerth berücksichtigt werden sollte. Diese frühere Einmischung des Elements von Verkaufspreisen ist also gerade desavouirt und die Rücksicht auf die Möglichkeit des Wiederaufbauens als entscheidend bezeichnet und an dieser Auffassung wurde durch die weiteren Verhandlungen nichts alterirt, vielmehr erhielt sie hiedurch noch folgende weitere positive Stützen.

b) Als der von der zweiten Kammer zuerst verworfene,

Verhandl. IV. Bd. S. 2281.

von der ersten Kammer aber beharrte

1. B.B. S. 617.

Absatz 3 des Art. 24 wieder erörtert wurde, beseitigte man die Bedenken gegen diesen Absatz damit, daß es sich hiebei nicht von einer Revision des Versicherungswerths, sondern nur von einer Berücksichtigung bedeutender, an dem Gebäude vorgegangener Werthsveränderungen handle,

Verhandl. IV. Bd. S. 2877.

und es wurde solchem noch von dem Regierungsorgan beigefügt, daß der Sinn nur der sey, wenn ein Haus durch besondere Unglücksfälle so herabgekommen sey, daß der Schaden nicht mehr so hoch sey, als nach Art. 19 zu berechnen gewesen wäre, so soll nur der wirkliche Schaden ersetzt werden.

Verhandl. ebendaselbst.

Auf diese Erörterung hin wurde von der Kammer die Wiederaufnahme des fraglichen Absatzes beschlossen, mit einer Modifikation, welche noch einen weiteren positiven Beleg dafür abgibt, daß derselbe blos in dem oben aufgestellten Sinn angenommen werden wollte.

Digitized by Google

c) Diese Modifikation verdankt ihre Entstehung einem Kommissionsantrage und wurde in Folge einer weiteren Erörterung des Regierungsorgans dahin formulirt, daß statt der Worte des Entwurfs: den gemeinen Werth offenbar überstieg — gesetzt wurde:

„den Betrag, welchen der Versicherte nach Art. 19 zu erhalten gehabt hätte, offenbar überstieg" —

wodurch ein Mißverstand des Wortes gemeiner Werth beseitigt werden wollte,

Verh. IV. Bd. S. 2877.

Dieser Mißverstand hätte kein anderer seyn können, als daß unter dem Ausdruck „gemeiner Werth" der Kaufswerth verstanden worden wäre.

Vgl. die Aeußerung Mohl's S. 2280, 2281.

Aus dem Zusammenhang der Verhandlungen über diesen Punkt und besonders der Erklärung — daß es sich hier nur um Aenderungen handle, welche von der letzten Revision bis zum Brand vorgegangen seyen, und den Werth des Gebäudes bedeutend verringern, könnte man sogar argumentiren, daß überhaupt nur Veränderungen des Werths von Zeit der letzten Revision an in Betracht kommen können, was aber allerdings mit den vorhergehenden Verhandlungen nicht konform wäre; jedenfalls aber geht hieraus klar hervor, daß gerade die Beachtung der Verkaufs-Chancen ausgeschlossen und blos die in dem Gebäude selbst liegenden Werthsmomente, welche nach Art. 19 auch bei der Schätzung ein Herabgehen unter den Aufwand für neuen Aufbau rechtfertigen, als Grund des Herabsteigens unter den Versicherungsanschlag anerkannt werden wollte.

VI. Schlußbemerkungen.

Daß bei einer Versicherungsanstalt der Bauwerth d. h. der für Wiedererbauung nöthige Aufwand die Grundlage für die Versicherung bilden muß, liegt, wie schon oben bemerkt, im Zweck und Wesen einer solchen Anstalt; daß der Versicherungswerth in der Regel festgehalten werden muß, ist eine

Digitized by Google

Forderung der Gerechtigkeit, denn die Versicherung wird mit einer diesem Betrag entsprechenden Leistung erkauft. Dabei aber ist wieder nicht zu bestreiten, daß bei einer Gesellschaft, in die man gezwungen eintreten muß, und in welcher die Brandschäden durch die übrigen Versicherten gedeckt werden müssen, Vorsorge getragen werden muß, daß nicht über den wahren Werth versichert werde und daß zugleich in der Versicherungsweise einige Garantie gegen Betrug und Nachläßigkeit liegen möge. In dieser Beziehung ist das nächste und ganz gerechte und konsequente Mittel, daß sowohl bei der Versicherung, als auch bei periodischen Revisionen der Versicherungssummen und nöthigenfalls noch nachträglich bei der Entschädigung der Zustandswerth in Rechnung gezogen wird. Weitere Mittel herbeizuziehen, ist, wie die vorstehende Darstellung der württembergischen Gesetzgebung hierüber zeigt, sehr schwer; immer wird man hiebei entweder Gefahr laufen, dem Brandbeschädigten Unrecht zuzufügen und die Zwecke des Instituts zu vernichten, oder, wenn man diese Rücksichten schonen will, nicht viel durch solche Versuche erreichen. Es liegt die Wirkungslosigkeit solcher Präventivmaßregeln in der Natur der Sache und es ist hiebei um so vorsichtiger zu Werk zu gehen, als durch die Bosheit und Sorglosigkeit, welcher hiedurch vorgebeugt werden soll, in der Regel schon vorausweg eine große Zahl Unschuldiger betroffen wird, und es in eine wahre Grausamkeit übergehen würde, wenn die gegen die Brandstifter gerichteten Präventivmaßregeln gerade auf die Beschädigten zurückfallen würden. Insbesondere ist die gänzliche Verwerflichkeit der Herbeiziehung des Kaufswerths in Vorstehendem zur Genüge dargethan. Man könnte zwar die Verkaufspreise nach größeren Perioden und Durchschnittsberechnungen in Mitberücksichtigung ziehen; aber es hätte dieß keinen Werth und wäre mit großen Schwierigkeiten verknüpft. Man würde doch den Bauwerth und Zustandswerth nie bei Seite setzen können, und mit dieser Zugabe des heterogenen Elements des Kaufwerths in manche Verwicklungen gerathen.

Digitized by Google

3) Ueber die Versetzung der württembergischen Staatsdiener vom Verwaltungsfache auf geringere Stellen. *)

(Von Herrn Finanzrath Löser.)

Es ist eine bekannte Annahme, daß ein württembergischer Staatsdiener vom Verwaltungsfache auf eine geringere Stelle ungesucht, ohne die schützenden Formen, welche der §. 47 der Verfassungsurkunde vorsieht, versetzt werden könne, wenn nur der seitherige Rang und Gehalt vorbehalten werde. Man beruft sich zur Begründung dieser Annahme auf den §. 49 der Verfassungsurkunde, nach welchem Versetzungen der Staatsdiener ohne Verlust an Rang und Gehalt auf Gutachten des Departementschefs verfügt werden können. Obschon es bekannt, daß jene Annahme nur nothdürftig und mit der, der württembergischen Verwaltung eigenen Humanität zur Geltung kommt, so erscheint doch eine Erörterung der Frage: ob fragliche Annahme rechtlich begründet sey, von dreierlei Rücksichten empfehlenswerth: einmal in Betracht, daß die Verfassung seit ihrem Bestande durch jüngere Gesetze ergänzt worden, zweitens dadurch, daß die Fortdauer der milden Behandlung der Staatsdiener für die Zukunft, bei etwa veränderten Verhältnissen, nicht verbürgt, und drittens dadurch, daß nicht bloß das Interesse des Dieners, sondern auch dasjenige des öffentlichen Dienstes in's Auge zu fassen ist.

Zuvörderst sey die Untersuchung erlaubt, ob die Anwendung des §. 49 der Verfassungsurkunde zur Versetzung eines Staatsdieners auf geringere Stellen überhaupt geeignet ist. Natürlich kommt es dabei auf Wort und Sinn der Verfassung an, und es wäre daher, wenn etwa auf diesem Wege allein

*) Dieser Aufsatz ist zunächst für Württemberg bestimmt. Sollte er auch außerhalb Württemberg Interesse finden und zu dessen Befriedigung die Rechtsverhältnisse der württembergischen Staatsdiener überhaupt gekannt werden wollen, so bemerken wir, daß darüber umfassende Nachrichten zu finden sind in den Verfassungsgesetzen deutscher Staaten von Zangen und in Mohl's württemberg'schem Staatsrecht, 2. Ausgabe.

Digitized by Google

nicht zum Ziele zu gelangen wäre, auf die Verhandlungen der konstituirenden Versammlung der Stände von 1819 zurückzugehen. Leider geben aber diese Verhandlungen lediglich nichts an die Hand, was von entscheidendem Einflusse auf die vorliegende Frage wäre und es muß sich daher lediglich an den Inhalt der Verfassungsurkunde gehalten werden. Diese enthält in §. 46: „Kein Staatsdiener, der ein Richteramt „bekleidet, kann aus irgend einer Ursache ohne richterliches „Erkenntniß seiner Stelle entsetzt, entlassen oder auf eine geringere versetzt werden.„ §. 47: „Ein Gleiches hat bei „den übrigen Staatsdienern statt, wenn die Entfernung aus „der bisherigen Stelle wegen Verbrechen oder gemeiner Vergehen geschehen soll. Es kann aber gegen dieselben wegen „Unbrauchbarkeit und Dienstverfehlungen auch auf Kollegialanträge der ihnen vorgesetzten Behörden und des Geheimen„Rathes die Entfernung oder Versetzung auf ein geringeres „Amt verfügt werden; jedoch hat in einem solchen Falle der „Geheime-Rath zuvor die oberste Justizstelle gutächtlich zu „vernehmen, ob in rechtlicher Hinsicht bei dem Antrage der „Kollegialstelle nichts zu erinnern sey.“

Es ist hier näher und ausführlich auszuheben, worin die Verschiedenheit der Behandlung der Richter und der Verwaltungsbeamten nach den angeführten §§. 46 und 47 der Verfassungsurkunde besteht.

Zwei Artikel des Strafgesetzbuches von 1839 beziehen sich hierher. Der Art. 401 (im Entwurf mit der Nummer 383 bezeichnet) bestimmt, daß bei einer Gefängnißstrafe von kürzerer Dauer die dem Verurtheilten vorgesetzte Dienstbehörde in jedem Falle zu prüfen habe, ob nicht durch die näheren Umstände zu einer weiteren Einschreitung gegen den Bestraften wegen Unbrauchbarkeit nach Maßgabe der §§. 46 und 47 der Verfassungsurkunde Anlaß gegeben sey. Der Art. 405 (im Entwurf mit der Nummer 387 bezeichnet) besagt, daß Dienstverfehlungen, welche nicht unter eine der Bestimmungen des Strafgesetzbuches fallen, entweder im Disziplinarwege von den vorgesetzten Amtsstellen geahndet werden, oder daß wegen der-

Digitized by Google

ſelben nach den Beſtimmungen der §§. 46 bis 48 der Verfaſſungsurkunde zu verfahren ſey. Die Motive zu dieſen beiden Artikeln enthalten, und zwar zu Art. 405 (im Entwurf 387), daß, was der Entwurf zu rügen übrig laſſe, von den Beſtimmungen der Verfaſſungsurkunde und von der Disziplinargewalt erreicht werde. Dabei wird zu Art. 405 (im Entwurf 387) bemerkt, daß hier auf den §. 46 der Verfaſſungsurkunden im Hinblick auf Art. 383 des Entwurfes (jetzt Art. 401) des Geſetzbuches Bezug genommen werde. Die Motive zum letztgenannten Artikel enthalten wörtlich:

„Abſichtlich iſt ſich hierin auf den §. 46 der „Verfaſſungsurkunde bezogen. Auf den Grund „dieſes Paragraphen wollte hin und wieder die „Meinung geltend gemacht werden, daß ein „Richter wegen Unbrauchbarkeit nicht entlaſſen „werden könne; denn, ſagte man, von dem Verluſte des Amtes wegen Unbrauchbarkeit ſpricht „bloß der §. 47 der Verfaſſungsurkunde und „überläßt das Erkenntniß hierüber den Verwaltungsbehörden. Da nun Richter bloß „durch richterliches Erkenntniß entlaſſen werden dürfen; ſo können ſie wegen Unbrauchbarkeit nicht entlaſſen werden. Die Unrichtigkeit „dieſes Schluſſes fällt in die Augen; überhaupt „aber muß ein geſetzliches Mittel gegeben ſeyn, „um einen anerkannt im Dienſte untüchtigen „oder unwürdigen, das heißt, moraliſch unbrauchbaren Richter von ſeinem Amte zu entfernen. Dieſe Entfernung kann jedoch nur auf „dem in §. 46 der Verfaſſungsurkunde vorgeſchriebenen Wege geſchehen. Daher ſoll zwar „auch der Richter nicht nur wegen eines gemeinen Verbrechens oder Vergehens, ſondern „auch in den, in §. 47 der Verfaſſungsurkunde „angeführten Fällen, nämlich wegen verſchuldeter Unbrauchbarkeit und grober Nachläſſig-

Digitized by Google

„keit im Dienste, ingleichen wegen — durch „seine Handlungsweise erprobter moralischer „Unbrauchbarkeit, welche sich mit dem richter„lichen Ansehen nicht verträgt, aber nur durch „gerichtliches Erkenntniß, gegen welches die „gewöhnlichen Rechtsmittel des Rekurses ꝛc. „zulässig sind, von seinem Amte entfernt wer„den können."

Vergl. das 3. Beilagenheft zu den Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1835, S. 439 und 442.

Die Kommission der Kammer der Abgeordneten glaubte, daß es sich von selbst verstehe, was dieser Art. 405 ausdrücke, sie wollte daher denselben gar nicht aufnehmen.

Vergl. 1. Beilagenheft zu den Verhandlungen dieser Kam- von 1838, S. 423.

Die Kammer sprach sich aber für die Aufnahme dieses Artikels in das Gesetz aus, nachdem erinnert worden war, daß sich sonst Beamte darauf berufen könnten, das Gesetzbuch enthalte eine hierher gehörige Bestimmung nicht.

Steht hienach diese Bestimmung fest, so soll hier gezeigt werden, welche Folge sich ergäbe, falls sie nicht bestände.

Das Strafgesetzbuch führt im Art. 8 die zulässigen Strafarten auf. Unter diesen ist die Remotion eines öffentlichen Dieners nicht zu finden. Die Motive zum Strafgesetzbuche sagen, daß die Zurücksetzung im Amte in dasselbe deßwegen nicht aufgenommen worden sey,

„weil ihre Vollziehung überhaupt der Natur der Sache nach „nicht von dem Gerichte, sondern von der Verwaltungsstelle „eingeleitet werden könne."

Zurücksetzungen — sagen diese Motive —

„könnten daher in Zukunft nur noch wegen solcher Dienst„verfehlungen, welche in dem Gesetzbuch nicht genannt sind, „von den Verwaltungsstellen oder von den Gerichten in „ihrer Eigenschaft als solche alsdann verfügt wer„den, wenn die Voraussetzungen der §. 46—48 der „Verfassungsurkunde eintreten, wobei auf Art. 405 des

„Strafgesetzbuches (Ziffer 387 des Entwurfes) zurückge„wiesen ist.

Vergl. 3. Heft der Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1835, Seite 176 und 177.

Wäre der Art. 405 in das Strafgesetzbuch nicht aufgenommen worden und wollte behauptet werden, ein Richter sey lediglich nach den übrigen Bestimmungen des Strafgesetzbuches zu behandeln; so könnte er, nach dieser Behauptung, im Amte nicht zurückgesetzt werden. Da nun aber Verwaltungsbeamte unbestreitbar zurückgesetzt werden, so wären die Richter diesen gegenüber keineswegs bevorzugt, vielmehr benachtheiligt, indem ein Richter zutreffenden Falls mit der Entlassung, welche eine im Gesetzbuche vorgesehene Strafart bildet, belegt, wenn aber eine mildere Maßregel, namentlich Zurücksetzung, gewählt werden wollte, von dieser nicht betroffen werden könnte.

Hienach wird nicht in Abrede zu ziehen seyn, daß es im Interesse der Richter selbst liege, mit den Verwaltungsbeamten gleich behandelt zu werden.

Ist eine ungleiche Behandlung zwischen diesen beiderlei öffentlichen Dienern im bestehenden Rechte materiell nicht begründet, so stellt sich in diesem jedoch eine Verschiedenheit in der Form des Verfahrens gegen dieselben heraus, indem der Justizbeamte im Wege richterlicher Erkenntnisse, der Verwaltungsbeamte dagegen auf Gutachten der Verwaltungsstellen, jener mit, dieser ohne Zulassung eines Rekurses abgeurtheilt wird. Es sind auch in älterer, wie in neuerer Zeit, Fälle vorgekommen, in welchen Richter auf den Grund des §. 46 der Verfassung nach Maßgabe des §. 47 derselben entlassen, beziehungsweise zurückgesetzt worden sind. Ist nun aber auch irgend ein Fall nachweisbar, in welchem ein Richter auf den Grund des §. 49 der Verfassungs-Urkunde auf eine geringere Stelle mit Vorbehalt seines bisherigen Ranges und Gehaltes versetzt worden wäre? Gewiß kein einziger! wohl aber verlautet im Gegentheile, daß das Königl. Obertribunal aus einer der jüngsten Zeit angehörigen Veranlassung sich entschieden dahin ausgesprochen hat, daß die Versetzung eines Richters

Digitized by Google

auf eine geringere Stelle mit Vorbehalt des bisherigen Ranges und Gehaltes in dem §. 49 der Verfassungs-Urkunde nicht begründet wäre.*) Wenn nun aber, wie bereits ausgeführt, ebenso wenig eine materielle Ungleichheit in fraglicher Beziehung zwischen Richtern und Verwaltungsbeamten zu rechtfertigen seyn würde, so ergibt sich selbstverständlich, daß Versetzungen von Richtern und Verwaltungsbeamten auf eine und dieselbe Grundlage der Verfassung zu stützen sind. Diese Grundlage findet sich in dem schon angezogenen §. 49 derselben, welcher also lautet:

„Versetzungen der Staatsdiener ohne Verlust an Gehalt „und Rang können nur aus erheblichen Gründen und nach „vorgängigem Gutachten des Departementschef verfügt „werden."

Es soll nun gezeigt werden:

1) Wie die Staatsregierung diese Bestimmung der Verfassung früher angesehen hat;

2) von welchen Grundsätzen ein ausdrückliches Gesetz und eine Verordnung bei der Anwendung der Bestimmung der Verfassung im Falle der Versetzung auf geringere Stellen ausgehen;

3) wie die Theorie sich über die Anwendung des §. 49 der Verfassung ausspricht, und endlich

4) was die Gesetze anderer deutschen Staaten hierher gehörig enthalten.

Zu 1). In einem im Jahre 1830 bei der Kammer der Standesherren eingebrachten Gesetzesentwurfe wollte die Staatsregierung den §. 47 der Verfassung näher entwickeln und darin unter Art. 3 festsetzen:

---

*) A. d. H. Diese Frage kam auch schon früher, namentlich auch in der Abgeordnetenkammer, zur Sprache und ist jetzt außer Streit. Es ist früher vorzüglich die Frage im Streit gewesen, ob z. B. der Rath eines Gerichtskollegiums mit Vorbehalt von Rang und Gehalt auf eine Bezirksrichtersstelle versetzt werden könne. Gewiß ist, daß die Art der Dienstleistung eine gleichartige seyn muß. S.

Digitized by Google

„Als Entlassung oder Zurücksetzung im Sinne des §. 47
„der Verfassungsurkunde ist es nicht anzusehen, wenn ein
„Diener mit Vorbehalt von Rang und Gehalt auf eine
„nach der Rangordnung vom 18. Oktober 1821 seinem bis-
„herigen Amt in der nächst niedrigen Stufe folgende, oder
„aber, insoferne die nächste Rangstufe kein in das beson-
„dere Dienstfach des Dieners gehöriges Amt enthält, auf
„die in diesem Fache zunächst folgende niedrigere Stelle,
„auf den Antrag des Departementschefs versetzt wird."

Vergl. 1. Heft der Verhandlungen der Kammer der Standesherren von 1830 S. 99.

Die Kammer der Standesherren lehnte diesen Vorschlag, als mit der Verfassung im Widerspruch stehend, ab.

3. Heft derselben Verhandlungen S. 424 bis 429.

Hiernach wollte die Staatsregierung die Versetzung auf eine geringere Stelle ohne die Anwendung des §. 47 der Verfassung gesetzlich zulässig machen; es ist dieß jedoch mißlungen. Jener Gesetzesentwurf kam in der Abgeordnetenkammer, der er mitgetheilt worden war, nicht zur Berathung. In einem Anhange zu diesem Aufsatze werden übrigens alle dießfälligen Verhandlungen beigefügt werden, um eine volle Uebersicht derselben zu gewähren.

Zu 2). Die Dienstpragmatik vom 28. Juni 1821 §. 22 bestimmt, daß ein Quiescent durch neue Anstellung in einem, seiner Berufsbildung angemessenen und von seinem früheren Dienstgrade nicht zu entfernt stehenden Amte zum aktiven Dienste wieder einberufen werden könne. Diese gesetzliche Bestimmung würde natürlich nicht nöthig gewesen seyn, wenn das, was sie enthält, schon in dem §. 49 der zwei Jahre älteren Verfassung begriffen wäre. Daraus geht wohl unzweifelhaft hervor, daß die Dienstpragmatik in Beziehung auf Quiescenten eine neue Bestimmung — eine Ausnahme von der in der Verfassung enthaltenen Regel festgesetzt wissen wollte.

Eine Ausnahme von dieser Regel zu Ungunsten der Quiescenten läßt sich darum rechtfertigen, weil das Quies-

Digitized by Google

ciren ein seltener Fall ist, indem es nur auf einer im Wege des Gesetzes oder auf ständischen Antrag beschlossenen Aenderung in ganzen Dienstzweigen beruht und es unmittelbar nach der Quiescirung eines Staatsdieners an Gelegenheit zu seiner Wiederverwendung im seitherigen Dienstgrade fehlen mag, der Quiescent überdieß, etwa längere Zeit unbeschäftigt, aus der Geschäftsübung kommen kann. Es ist übrigens wohl nicht ohne alles Interesse, zu wissen, daß selbst die in der Dienstpragmatik gegebene Bestimmung, wonach ein Quiescent in einem seinem früheren Dienstgrade nachstehenden Amte soll verwendet werden dürfen, in der ständischen Berathung eine sehr lebhafte Debatte hervorgerufen hat, in welcher bestritten wurde, daß die Quiescirung ein rechtliches Mittel zur Remotion eines Staatsdieners seyn könne. Die Regierung selbst hatte diese Bestimmung nach den im Druck erschienenen Verhandlungen nicht vorgeschlagen; der von ihr eingebrachte Entwurf des Gesetzes enthielt unter §. 24 bloß den Vorschlag, daß ein Quiescent zu jeder Zeit wieder zum aktiven Dienste einberufen werden könne.

Beil. CXXIV. zu den Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten vom Jahre 1821.

Die ständische Kommission schlug die Bestimmung vor, daß ein Quiescent „in einem, seiner vorherigen Function angemessenen Amte" verwendet werden könne, — ein Vorschlag, welcher mit dem Einwande zu bekämpfen gesucht wurde, daß auf diese Weise sogar Justizbeamte removirt werden könnten; gleichwohl ging der Vorschlag eines Abgeordneten, auf welchen hin die im Gesetze stehende, bereits ausgehobene Bestimmung angenommen wurde, durch.

Wie wurde jedoch jener Vorschlag angenommen? Mit 39 gegen 38 Stimmen, also mit der Mehrheit von Einer Stimme.

Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 1821, 19. Abtheilung, Seite 1586 und 1587.

(Die Kammer der Standesherren war nicht versammelt.)

In Bayern, welcher Staat unter allen deutschen Staaten mit der Ordnung der Verhältnisse der Staatsdiener vor-

Digitized by Google

anging, und deſſen Ordnung hierin zum Muſter diente, beſteht ein Edikt über die Verhältniſſe der Staatsdiener vom 26. Mai 1818, welches in §. 25 feſtſtellt, daß ein Staatsdiener, welcher in Folge einer adminiſtrativen Erwägung oder organiſchen Verfügung in Quiescenz verſetzt worden, der Berufung in eine ſeiner vormaligen Dienſt-**Kategorie** angemeſſenen Aktivität zu folgen habe. Wie die Dienſtkategorie in Würtemberg angeſehen wird, zeigt das Rangreglement vom 18. Oktober 1821 näher an. Nach §. 5 deſſelben kann der Titel einer Dienſtſtelle ohne Uebertragung der letzteren verliehen werden, ſo jedoch, daß der ſo Titulirte den Rang der betreffenden Stufe nur **nach** den in dieſer Stufe aufgeführten Dienern erhält. Es gibt alſo einen perſönlichen und Dienſtrang und der letztere geht dem erſteren vor. Wird hienach, um mit einem Beiſpiele zu reden, ein Bezirksbeamter nicht als Quiescent, ſondern ohne vorausgegangene Quiescenz zum Expeditor mit Vorbehalt ſeines bisherigen (oder eines ähnlichen) Titels und ſeines bisherigen Rangs ernannt, ſo verliert er ſeinen bisherigen Dienſtrang (denn er geht ja ſeinen bisherigen Kollegen nach); er tritt dagegen in einen perſönlichen Rang ein; er iſt demnach durch ſeine Ernennung zum Expeditor, ſelbſt mit Vorbehalt von Titel und Rang, in Wahrheit zurückgeſetzt, und zwar nicht, wie es die Verfaſſung will, auf den Grund ihres §. 47, ſondern nach bisheriger Praxis auf den Grund des §. 49 derſelben. Zwar ließe ſich einwenden, eine Rangordnung könne von der Regierung ſtets im Verordnungswege abgeändert werden; es iſt aber wohl keine Rangordnung zu finden, welche den höheren Beamten unter den niedern ſtellt; jedenfalls iſt die beſtehende Ordnung etwas Gegebenes, woran ſich wird gehalten werden können. Sieht man aber auch von dem Range ab, faßt man den Beruf eines Staatsdieners in qualitativer Beziehung auf, ſo wird nicht in Abrede gezogen werden können, daß in der Beſchaffenheit des Dienſtes ein Vorzug liegt, welcher durch Verſetzung auf eine geringere Stelle gemindert wird. Wer wird, um auf das ſchon angeführte Beiſpiel zurückzukommen, beſtreiten wollen,

Digitized by Google

daß der Beruf eines Bezirksbeamten höher steht, als derjenige eines Expeditors? Also Gesetz und Verordnung sprechen dagegen, daß Versetzung auf eine geringere Stelle mit Vorbehalt Titels, Rangs und Gehalts keine Zurücksetzung, und daß eine solche Versetzung mit Umgehung des §. 47 der Verfassung rechtlich zuläßig sey.

Zu 3). Mit den bisher entwickelten Ansichten stimmt der berührte Staatsrechtslehrer Mohl überein:

erstens in einem Gutachten in Sarwey's Monatschrift für die Justizpflege in Württemberg, Band V. S. 353 über eine verwandte Frage;

zweitens in seinem Württemberg'schen Staatsrechte, zweite Ausgabe, Bd. II., Seite 127, 128,

indem er Versetzungen von Staatsdienern überhaupt auf den Grund des §. 49 der Verfassungsurkunde nur auf einen, dem bisherigen Amte gleichstehenden Dienst für zuläßig ansieht.

Zu 4). Das schon angeführte k. Bayern'sche Edikt über die Verhältnisse der Staatsdiener in Beziehung auf ihren Stand und Gehalt vom 26. Mai 1818 (Beilage IX. der Verfassungsurkunde, modifizirt durch Verordnung vom 17. April 1824, wiederhergestellt durch Verordnung vom 8. März 1826) enthält unter §. 20:

„Versetzung eines Staatsdieners kann aus administrativen „Rücksichten oder in Folge organischer Einrichtungen ver„fügt werden, wenn damit keine Zurücksetzung in Beziehung „auf die Dienstklasse oder auf den ständigen Gehalt „verbunden ist."

Es ist schon angeführt worden, daß das Bayern'sche Edikt über die Verhältnisse der Staatsdiener anderen Staaten zum Muster diente. Es sollen nun Gesetze anderer Staaten in der Sache nach der Zeitordnung angeführt werden.

Die Verfassungsurkunde für das Großherzogthum Baden vom 22. August 1818 garantirt die Rechtsverhältnisse der Staatsdiener, wie sie das Gesetz feststellt, und dieses Gesetz, bestehend in der Civildienstpragmatik vom 30. Januar 1819, bestimmt im ersten Paragraph:

Digitized by Google

„Eine Versetzung von einer Stelle auf eine andere kann „jederzeit verfügt werden, jedoch ohne Verkürzung des Ge„halts und ohne Zurücksetzung im Range.“

Daß hier der Dienstrang gemeint ist, folgt daraus, daß in einem späteren §. (14) die Versetzung in deterius abgehandelt wird.

Das Großherzoglich Hessische Edikt über die öffentlichen Dienstverhältnisse der Civil-Staatsbeamten vom 12. April 1820, die Dienstpragmatik genannt, enthält unter §. 16:

„Jeder Staatsbeamte kann aus Gründen der Verwaltung „von Uns versetzt werden, jedoch ohne Zurücksetzung in der „Dienstklasse und in dem Gehalt.“

Das Gesetz des Herzogthums Sachsen-Koburg vom 20. August 1821, in der Verfassungsurkunde Tit. II., §. 23 als Bestandtheil derselben erklärt, enthält über die Verhältnisse der Civilstaatsdiener unter Anderem in §. 15:

„Jeder Staatsdiener kann aus Gründen der Verwaltung „versetzt werden, jedoch ohne Zurücksetzung in der Dienst„klasse und in dem Gehalt.“

Das K. preußische Gesetz vom 21. Juli 1852, betreffend die Dienstvergehen der nicht richterlichen Beamten, die Versetzung derselben auf eine andere Stelle oder in den Ruhestand (Gesetzsammlung für die K. preußischen Staaten, Jahrgang 1852, Nro. 31) enthält im 8. Abschnitt diejenigen Verfügungen im Interesse des Dienstes, welche nicht Gegenstand eines Disziplinarverfahrens sind. Unter diesen Verfügungen steht oben an:

Versetzung in ein anderes Amt von nicht geringerem Range.

Hier ist also dasselbe zugelassen, was der §. 49 unserer Verfassung will: eine Versetzung ohne Disziplinarverfahren, wobei das preußische Gesetz deutlich sagt, daß das Amt, auf welches versetzt werden will, dem Amt, von welchem versetzt wird, im Range gleichkomme; es genügt also nicht an einem neuen Amte von geringerem Range mit einem persönlich höhern Range.

Digitized by Google

An den angeführten Beispielen möge es für den Nachweis genügen, daß auswärts ganz dasselbe, was der §. 49 unserer Verfassung bestimmt, gesetzlich feststeht, daß aber dort eine Versetzung (im Gegensatz zur Zurücksetzung) nur auf ein solches Amt rechtlich zuläßig ist, das dem bisher bekleideten Amt im Range gleichkommt. Wenn nun noch allen Seiten hin dargethan ist, daß Versetzung auf eine geringere Stelle eine Zurücksetzung ist, welche die Einhaltung der Vorschrift des §. 47 der Verfassung erfordert, so soll hier noch an einem Beispiel gezeigt werden, wozu es führen kann, wenn diese Verfassungsvorschrift umgangen wird. Bekanntlich enthält das Strafedikt vom 17. Juli 1824 im Art. 49 die Bestimmung, daß es in Ansehung der Zurücksetzung eines Beamten auf eine an Rang und Gehalt geringere Stelle bei den bestehenden Normen sein Bewenden habe. Das Wörtchen „und" ist im gedachten §. mit gesperrten Lettern gedruckt, wovon sich die Bedeutung in einer Erklärung des Justizministers vor der Kammer der Abgeordneten bei Berathung jenes Edikts

Verhandlungen derselben von 1824, Heft 10, Seite 829,

findet, dahin gehend, daß eine Remotion nie in dem Verlust von Rang oder Gehalt, sondern immer in dem Verluste von Rang und Gehalt zu bestehen habe. Der, wenn schon nicht ausgedrückte Erklärungsgrund hievon liegt wohl sehr nahe. Wenn z. B. ein Bezirksbeamter removirt werden soll, so wäre der Zweck der Remotion, die Entfernung vom bisherigen Amte, nicht erreicht, wenn der Beamte nur in eine geringere Besoldungsklasse versetzt würde; eben darum aber, weil er für eine Bezirksstelle nicht mehr geeignet gehalten wird, soll er einen damit verbundenen Gehalt, sey es auch in einer geringeren Klasse, nicht behalten. Die Zurücksetzung auf ein geringeres Amt ist nun zwar, wie schon angeführt, jetzt nicht mehr unter den zuläßigen gerichtlichen Strafen aufgeführt, dagegen im Wege des §. 47 (beziehungsweise §. 46) der Verfassung noch beibehalten und es ist kein einziger Fall bekannt, in welchem Remotion mit Verlust von Rang oder Gehalt eingetreten wäre; immer wurde auf Verlust von Rang

Digitized by Google

und Gehalt erkannt. Nun setze man den Fall, ein Bezirksbeamter werde auf den Grund des §. 49 der Verfassung mit Belassung von Rang und Gehalt auf eine Expeditorsstelle versetzt, er soll aber von seiner Stelle als Expeditor removirt werden; es sey endlich die Remotion um Einen Grad unter dem seitherigen Dienstgrad auszusprechen. Was würde geschehen müssen? Der zu removirende Expeditor verlöre den Rang und Gehalt eines Expeditors und stillschweigend den Rang und Gehalt eines Bezirksbeamten, also würde er nicht blos um Einen Grad, sondern um zwei Grade zurückgesetzt, weil er, wollte er um Einen Grad zurückgesetzt werden, Expeditor bleiben müßte. Dieser Fall beweist, daß der Vorbehalt von Rang und Gehalt bei der Versetzung auf eine geringere Stelle den Versetzten in seinem erworbenen Rechte keineswegs schützt, daß also ein solcher Vorbehalt nicht gleichkommt der Versetzung auf eine Stelle von gleichem Range.

Ist mit allem Angeführten wohl sattsam dargethan, daß die Versetzung auf eine geringere Stelle auf den Grund des §. 49 der Verfassung mit dieser Bestimmung derselben sich nicht vereinigen läßt, so ist dagegen zuzugeben, daß ein Mittel unentbehrlich ist, einen Beamten von seinem Posten zu entfernen, selbst dann, wenn ein Antrag auf Entlassung oder Zurücksetzung nicht vollständig sollte begründet werden können, und es fragt sich nur noch, ob ein anderes geeignetes Mittel im bestehenden Rechte zu finden ist.

In anderen Staaten ist ein solches Mittel wirklich gegeben. So kann in Bayern auch ohne organische Aenderung in der Verwaltung ein Staatsdiener blos in Folge administrativer Erwägung in Quiescenz versetzt werden (Edikt vom 26. Mai 1818, §. 25); so kann in Preußen die einstweilige Versetzung in den Ruhestand mit Gewährung von Wartgeld verfügt werden (Gesetz vom 21. Juli 1852, §. 87); so enthält das Großherzogl. hessische Edikt vom 12. April 1820, §. 24, so ferner das Herzogl. Coburg'sche Gesetz vom 20. August 1821, §. 22, daß ein Beamter wegen Verfehlungen im Dienste oder außerhalb desselben auf 1 bis 3, beziehungs-

Digitized by Google

weise 3 bis 6 Monate vom Dienste mit Verlust des Gehaltes suspendirt werden kann.

Die Württembergische Verfassung hat ein ähnliches Mittel vorgesehen und die Faktoren der Gesetzgebung haben dasselbe noch besonders anerkannt. Wie schon angeführt, bestimmt das Strafgesetzbuch, daß die §§. 46—48 der Verfassungsurkunde von den Gerichten eben sowohl, wie von den Verwaltungsbehörden im Disziplinarwege anzuwenden sind. Was nun die §§. 46 und 47 betrifft, so ist ihr Inhalt schon angeführt worden, es bleibt also nur noch der §. 48 der Verfassung auszuheben, welcher das fragliche Mittel ausdrücklich nennt. Dieser §. enthält, daß die in §. 46 und 47 aufgeführten Bestimmungen über Entlassung und Versetzung auf geringere Stellen auch bei Suspensionen eintreten, welche mit Verlust des Amtsgehalts verbunden sind. Zur Zeit, als die Verfassung gegeben wurde, gab es Suspensionen mit Verlust des (ganzen) Amtsgehaltes, auf welche der §. 48 der Verfassung allein hinweist, und Suspensionen ohne Verlust an Gehalt, welche hier nicht näher anzuführen sind. Das Rekursgesetz von 1821 hebt diesen Unterschied in Beziehung auf Untersuchungen auf, indem es nach seinen Motiven (Verhandlungen der Abgeordnetenkammer von 1821, Abtheil. 12, Seite 661) ein Mittelding zwischen den erwähnten beiden Arten von Suspension schafft, namentlich in §. 2 bestimmt, daß die Wirkung der Suspension sich lediglich auf die Bestellung eines Amtsverwesers auf Kosten des suspendirten Dieners mittelst Gehalts-Abzugs beschränke und das Enderkenntniß sich über die Zuscheidung der Kosten an den Angeschuldigten auszusprechen habe. Ganz dieselbe Bestimmung trifft der Art. 453 der Strafprozeßordnung von 1843. Von dem hier, im Rekursgesetz und in der Strafprozeßordnung gemeinten Fall der Suspension reden die Motive zum Strafgesetzbuche von 1839 nicht; das Rekursgesetz und die Strafprozeßordnung haben das prozessualische Verfahren — die vorläufige Suspension bei einer gerichtlichen Untersuchung — zum Gegenstande; beide Gesetze kennen keine Suspensio cum effectu, dagegen will die

Digitized by Google

Verfassung, §. 48, noch diese Art von Suspension und es muß angenommen werden, daß das Strafgesetzbuch von 1839 die Suspensio cum effectu nach §. 48 der Verfassungsurkunde als fortbestehend angenommen hat, da ja anderen Falls in ihm auf den §. 48 der Verfassung gar nicht mehr hätte hingewiesen werden können. Es steht also fest, daß das Strafgesetzbuch die Suspension mit Verlust des Amtsgehaltes als eine selbstständige Disziplinarmaßregel auf den Grund der Verfassung §. 48 angenommen hat. *)

Der Fortbestand dieser Disziplinarmaßregel ist noch bei verschiedenen Gelegenheiten anerkannt worden. In dem schon angeführten, im Jahre 1830 bei der Kammer der Standesherren eingebrachten Gesetzesentwurf über die Anwendung des §. 47 der Verfassung ist im Art. 3 vorgeschlagen, daß die Dauer der in §. 48 der Verfassung vorgesehenen Suspension mit Verlust des Amtsgehaltes nicht unter 3 Monaten und nicht über ein Jahr festgesetzt werde, und es wird in den Motiven hierzu angegeben, daß diese Suspension sowohl auf den Grund spezieller älterer Gesetze, als nach der Praxis bei einzelnen Dienstzweigen längst zuvor im Allgemeinen bestanden habe, und nun nur noch die kürzeste und längste Dauer derselben bestimmt werden wolle. In Art. 17 wird übrigens diese Suspension auf Richter in Gemäßheit des §. 46 der Verfassung ausdrücklich erstreckt. Die Kommission der Kammer der Standesherren, in deren Mitte die Praxis der Verwaltung in der Person des Präsidenten von Mohl sehr gut vertreten war, stimmte dem Gesetzesentwurfe bei und die Kammer selbst fand gegen den Antrag ihrer Kommission auf Annahme dieser Bestimmung nichts zu erinnern.

Verhandlungen derselben von 1830, III. Heft, S. 422 ff.

*) Daß auf die Suspensionen bei Untersuchungen der §. 48 der Verfassung, namentlich die nach demselben zu beobachtenden Bestimmungen der §§. 46 u. 47 derselben nicht angewendet werden, ist bekannt; der gedachte §. 48 kann also nur noch auf diejenige Suspension sich beziehen, welche als Korrektionsmittel erscheint.

Digitized by Google

Was die in den Motiven zum vorerwähnten Gesetzesentwurfe enthaltene Berufung auf ältere Gesetze und Praxis betrifft, so ist allerdings in der Kommunordnung Seite 204 §. 6 die Suspension als Strafe für gewisse Fälle eines Kassenrestes und ebenso in einer Verordnung vom 30. Juni 1810 eine sechsmonatliche Suspension vom Amt ohne Fortbezug des Gehalts auf wiederholte Verletzung des Amtsgeheimnisses angedroht; diese beiderlei Bestimmungen sind jedoch durch die Vorschriften des neueren Strafgesetzbuches von 1839 beseitigt. Ebensowenig hat die in beiden christlichen Konfessionen gegen Geistliche und Schullehrer als Strafe zulässige Suspension

(vergl. Hauber's „Recht und Brauch der evangelischen Kirche",
ferner Art. 51 des Schulgesetzes vom 29. September 1836 und
das Protokoll der Abgeordnetenkammer vom 30. April 1845 in Betreff der Suspension eines Universitäts-Professors)

hieher einen Bezug, sofern es sich in gegenwärtigem Aufsatze lediglich davon handelt, den §. 48 der Verfassung in Anwendung zu bringen, dieser §. aber nur Richter und Verwaltungsbeamte, nicht auch Geistliche und Schullehrer angeht. Von noch gültigen Gesetzen kann also nur insofern die Rede seyn, als das Strafgesetzbuch von 1839 die Suspension als Disciplinarmittel angibt, weitere, noch gültige Gesetze, auf deren Grund die Suspension als Disziplinarmaßregel gegen Richter und Verwaltungsbeamte angewendet werden könnte, sind nicht zu finden. Daß aber die Praxis, wenigstens unter der früheren Regierung, die Suspensio cum effectu als selbstständige Disziplinarmaßregel gekannt habe, und daß die Anwendbarkeit dieser Praxis seit dem Bestande der Verfassungsurkunde von 1819 anerkannt worden ist, — davon zeugen Aussagen in der schon berührten Verhandlung der Abgeordnetenkammer vom 30. April 1845 in Betreff der Suspension eines Universitätslehrers. Der damalige Abgeordnete Scheuerlen, welcher wenige Jahre zuvor Mitglied der Kommission der

Digitized by Google

Abgeordnetenkammer zur Begutachtung der heute noch bestehenden Strafprozeßordnung war, sprach sich dahin aus, es könne die Suspension als dienstpolizeiliche Maßregel auf eine bestimmte Zeit unter Beachtung der Bestimmungen in §§. 47 und 48 der Verfassungsurkunde angewendet werden und es sey diese Suspension schon früher vom gemeinen Strafrecht und vom Württembergischen Recht anerkannt, auch von jener Kommission als fortan zuläßig angesehen worden, und der Minister des Innern versicherte, daß die Praxis darüber nicht im Zweifel sey. Wenn schon der Bericht, welchen jene Kommission über die Strafprozeßordnung an die Abgeordnetenkammer erstattete (Verhandlungen von 1841 — 1842, 1. Abtheilung des 1. Beilagenheftes, Seite 861) von einer dießfälligen Aeußerung der Kommission nichts enthält, so ist doch an der Wahrheit der Aeußerung des Abgeordneten Scheuerlen nicht zu zweifeln. Ueberdieß wird in zwei ausführlichen Abhandlungen in Sarwey's Monatschrift, welche die Grundsätze bei Amtssuspensionen entwickeln, 12. Band, Seite 105, 19. Band, 3. Abtheilung, Seite 223 (zu vergleichen mit einem Aufsatze in der Sache im 15. Bande) ausdrücklich anerkannt, daß Suspension nach §. 48 der Verfassung in Anwendung der §§. 46 und 47 derselben fortan Anwendung finde, und zwar als Disziplinarmaßregel, nicht aber als Strafe, weil der Artikel 50 des Strafedikts von 1824 und der Artikel 8 des Strafgesetzbuches von 1839 die Suspension als Strafe ausschließe.

Nach all' diesem ist es lediglich an der Praxis, diese Disziplinarmaßregel fortan in Anwendung zu bringen.

Wenn nun aber diese Maßregel, deren rechtlicher Fortbestand nach dem Angeführten durchaus unzweifelhaft erscheint, seit dem Bestand der Verfassung nicht mehr in Anwendung kommt, so ist sie gleichwohl sogar unentbehrlich, zunächst bei denjenigen Staatsdienern, in deren Kategorie es geringere selbstständige Stellen nicht gibt, oder welche auf der untersten Rangstufe stehen, da außerdem unter allen Umständen Entlassung gegen sie eintreten müßte, da sie nicht zurück-

Digitized by Google

gesetzt werden können, während bei Staatsdienern höheren Rangs Zurücksetzung bei ähnlichen Verschuldungen eintreten könnte. Aber selbst bei Staatsdienern höheren Ranges dürfte die Suspension auf eine gewisse Dauer manchmal als passendes Korrektivmittel erscheinen. Gesetzt: ein Rath einer Centralbehörde werde wegen unangemessenen Benehmens auf die Stelle eines Dirigenten einer Kreisstelle versetzt (nach Maßgabe des §. 49 der Verfassungs-Urkunde); er werde der Umzugskosten verlustig erklärt (nach der Verordnung von 1818); er lasse sich diese Maßregel nicht zur Warnung dienen, er mache folglich die Anwendung eines strengeren Disziplinarmittels nöthig, seine Zurücksetzung vom Rathe höheren Ranges auf eine Rathsstelle geringeren Ranges erscheine aber nicht angemessen. Hier wird sich die Suspensio cum effectu auf eine bestimmte Dauer wohl als passendes Auskunftsmittel herausstellen, denn sie wirkt stärker, als bloße Versetzung mit Verlust von Umzugskosten, woneben übrigens dieser Verlust ihr noch nachfolgen könnte. Nicht weniger, als bei Staatsdienern von der untersten Rangstufe erscheint die Suspension auf bestimmte Dauer auch gegenüber von Vorstehern und übrigen Beamten der Gemeinden und anderer Körperschaften in der That unentbehrlich, da auch diese Art von öffentlichen Dienern, sobald die Belassung auf ihren Stellen unangemessen erscheint, geradezu entlassen werden müssen, ohne daß Zurücksetzung möglich ist, während Suspension auf gewisse Dauer bei ihnen, wie bei Staatsdienern, ein ganz wirksames Besserungsmittel abgeben kann. Die Verfassung besagt am Schlusse des §. 47, daß die in diesem Paragraphen ausgesprochenen Grundsätze bei Entlassung von Staatsdienern auch auf die Vorsteher und übrigen Beamten der Gemeinden und anderer Körperschaften anwendbar sind, und der §. 48 der Verfassung schreibt vor, daß die nämlichen Vorschriften, wie bei Entlassungen, auch bei Suspensionen mit Verlust des Amtsgehalts eintreten; es kann also nicht zweifelhaft erscheinen, daß letztere auch auf Korporationsdiener anwendbar sind. Vielleicht wird aber eingewendet, daß die Suspension mit Verlust von

Digitized by Google

Amtsgehalt auf die Dauer derselben einen Makel zurücklasse, welcher die Wiederverwendung des Suspendirten in öffentlichem Dienste bedenklich mache. Einige Bestätigung möchte ein solches Bedenken in einem Vorgange in Preußen finden. Ein K. preuß. Gesetz vom 7. Mai 1851 bestimmt über die Dienstvergehen der Richter in der Skala der Disziplinarstrafen „vom Verweise" zur „Dienstentlassung" als mittlere Stufe „die zeitweise Entfernung von den Dienstverrichtungen" — mit anderen Worten: dieselbe Suspension, welche in §. 48 unserer Verfassung vorgesehen ist. Beiden Häusern des preuß. Landtages von 1856 wurde nun ein Gesetzesentwurf vorgelegt, welcher an die Stelle jener Suspension die Versetzung auf ein anderes Richteramt von gleichem Range, jedoch mit Verminderung des Diensteinkommens setzen will. Daß eine ähnliche Bestimmung dem württembergischen Rechte dermal noch fremd ist, bedarf keiner Ausführung; dagegen ist das Motiv des erwähnten Gesetzesentwurfes von Bedeutung, indem nach ihm die Erfahrung ergeben haben soll, daß ein Richter, welcher zur Strafe zeitweise suspendirt gewesen, bei dem Wiedereintritt in sein Amt sowohl bei seinen Berufsgenossen, als bei den Gerichtseingesessenen nicht dasjenige amtliche Ansehen wieder findet, welches zu einer gedeihlichen Handhabung des Richteramtes unumgänglich erforderlich ist. Ob der fragliche Gesetzesentwurf angenommen werden wird, steht dahin; daß aber sein Motiv eine auch außerhalb Preußen zu beachtende Wahrheit enthalte, scheint auf den ersten Anblick nicht zu bezweifeln zu seyn. Gleichwohl wird dieses Motiv unserer Ansicht, daß der §. 48 der Württembergischen Verfassung, so wie bereits gezeigt, angewendet werden könne, selbst abgesehen von der Rechtsbeständigkeit dieser Verfassungs-Bestimmung, nicht entgegen treten können. Wir wollen nicht erinnern, daß Württembergische Geistliche und Lehrer schon suspendirt waren, und in ihre Stellen wieder eingesetzt worden sind; wir umgehen dieses, weil überhaupt die Verhältnisse der Geistlichen und Lehrer nicht Gegenstand unserer Ausführung sind. Warum aber ein Verwaltungsbeamter nicht denselben Grad

Digitized by Google

von amtlichem Ansehen nöthig haben soll, wie ein Richter, wird schwer zu erweisen seyn. In einem kleineren Lande wird ohnehin ein suspendirter Beamter, gehöre er dem Richterstande oder dem Verwaltungsfache an, bei einer mit Gehaltsverlust, also mit Strafe verbundenen Versetzung in seinem neuen Amt an Ansehen ungefähr soviel verlieren, als in seinem früheren Amt, wenn es ihm belassen wird, indem sich der alte und neue Aufenthaltsort immerhin nahe sind. Ebensowenig kann die Versetzung auf eine geringere Stelle mit Vorbehalt Titels, Rangs und vollen Gehalts, wenn sie ohne oder wider Willen des Versetzten geschieht, ohne Einfluß auf sein Ansehen bleiben, einzelne außerordentliche Fälle ausgenommen, welche allerdings vorkommen können. Jedenfalls ist die Suspension als Korrektionsmittel bei denjenigen Staatsdienern, in deren Kategorie es selbstständige geringere Stellen nicht gibt, nicht minder bei Korporationsdienern nicht entbehrlich, wenn nicht bei ihnen da, wo bei höheren Staatsdienern noch nicht Entlassung eintritt, diese schon eintreten soll.

Erscheint hienach die Suspension als Korrektionsmittel als ein angemessenes Surrogat der Versetzung auf geringere Stellen mit Vorbehalt Titels, Rangs und Gehalts der bisherigen Stelle, so erübrigt zum Schluß das Ergebniß der seitherigen Ausführungen in Kürze zusammenzustellen:

1) Versetzungen von Staatsdienern auf geringere Stellen sind auf den Grund des §. 49 der Verfassung überhaupt nicht, also auch nicht bei Verwaltungsbeamten rechtlich zuläßig; wenn aber

2) derlei Versetzungen im Wege der §§. 46 und 47 der Verfassung nicht sollten zureichend begründet werden können, gleichwohl aber ein Korrektivmittel sollte angewendet werden, so ist dieses in §. 48 der Verfassung zu finden.

Von selbst versteht es sich übrigens, daß, wenn auch das in §. 48 der Verfassung vorgesehene Mittel die erforderliche Wirkung nicht zu Wege bringen sollte, dann auf die §§. 46 und 47 derselben zurückgegriffen werden kann.

Digitized by Google

Anhang.

Auszug aus dem Entwurf eines Gesetzes über die Entlassung oder Zurücksetzung der Staats- und Korporationsdiener, insbesondere die Anwendung des §. 47 der Verfassungsurkunde betreffend.

Art. 3. Abs. 2. Als Entlassung oder Zurücksetzung im Sinne des §. 47 der Verfassungsurkunde ist es nicht anzusehen, wenn ein Diener mit Vorbehalt von Rang und Gehalt auf einen nach der Rangordnung vom 18. Oktober 1821 seinem bisherigen Amt in der nächst niedrigeren Stufe folgende, oder aber insofern die Rangstufe kein in das besondere Dienstfach des Dieners gehöriges Amt enthält, auf die in diesem Fach zunächstfolgende niedrigere Stelle auf den Antrag des Departementschefs versetzt wird.

Abs. 3. Eine weitere Versetzung auf eine noch niedrigere Stufe findet jedoch außer dem gerichtlichen Wege oder dem Verfahren nach dem §. 47 der Verfassungsurkunde nicht statt.

Auszug aus den Motiven zu vorgenanntem Gesetzesentwurf.

Art. 3. Die verfassungsmäßig (§. 49 der Verfassungsurkunde) ausgenommene Versetzung ohne Verlust an Rang und Gehalt bot sich hier natürlich zu näherer Erörterung an.

So wenig auf der einen Seite dem Staatsdienerverhältniß der Sinn beigelegt werden kann, daß durch den Eintritt in dasselbe die Befugniß auf Seite des Staats begründet werde, den Eingetretenen gegen die ihm zugesicherte Besoldung und persönliche Rangstufe für jeden beliebigen Zweig des öffentlichen Dienstes und namentlich für Dienstverrichtungen zu verwenden, die tief unter dem von ihm auf höheren Anstellungen erprobten Bildungs- und Fähigkeitsgrad stehen, so wenig kann auf der andern Seite ein erworbenes Recht des Dieners auf seine ausschließliche Verwendung auf einer bestimmten Dienststelle, oder in einem bestimmten Dienstgrade behauptet werden. Die Nichtigkeit eines solchen Anspruchs oder der durch denselben dem Staat zugeschriebenen Verbindlichkeit erhellt hinreichend aus der nothwendigen Veränderlichkeit des Dienstorganismus und aus dem Umstand, daß die Gehaltsansprüche des Dieners von dem

Digitized by Google

Fortbestehen des Amtes, in welchem er gerade angestellt ist, nicht abhängig sind [1]). Mit dem Interesse des Dienstes aber, das Jeden auf derjenigen Stelle zu verwenden gebietet, für welche er vorzugsweise Fähigkeiten entwickelt, und das überhaupt eine freiere Beweglichkeit der Organe, durch die gewirkt werden soll, erfordert, stände ein solcher Anspruch in schroffem Kontraste. Diese beiderlei Momente dürften durch die, im zweiten und dritten Absatze des gegenwärtigen Artikels enthaltenen Bestimmungen in das Gleichgewicht gebracht seyn, — Bestimmungen, welche namentlich vom Standpunkte des Dieners aus betrachtet, jede billiger Weise zu fordernde Sicherheit gegen indirekte Kränkung und Erniedrigung gewähren und als Entwicklung eines gesetzlichen Grundsatzes erscheinen, der bereits in §. 22 der Civildienstpragmatik sanktionirt ist.

Auszug aus dem Protokoll der Kammer der Standesherren vom 11. März 1830 über obigen Gesetzesartikel.

IV. Ueber den Antrag der Majorität der Kommission, den Zusatz zu Art. 3 betreffend,

„als Entlassung und Zurücksetzung in dem Sinne des §. 47 „der Verfassungsurkunde ist es jedoch nicht anzusehen ꝛc.“ entspann sich eine längere Debatte. Der Minister des Innern setzte, weil die Gründe für diesen Zusatz in den Motiven zum Gesetzesentwurfe nur im Allgemeinen angegeben worden seyen, in ausführlicher Rede auseinander, daß die Regierung eigentlich damit nichts Neues ansinne, daß sie vielmehr die §§. 46, 47, 48 und 49 der Verfassungsurkunde nie anders angesehen, auch unterdessen nach dieser Erklärung in vielen Fällen gehandelt habe, und daß noch keinem Staatsdiener, den dieses Loos getroffen habe, eingefallen sey, sich über Unrecht zu beschweren. [2])

---

[1]) Was für den Fall einer Aenderung im Organismus der Behörden Rechtens ist, ist oben ausgehoben und betrifft lediglich die Quiescirung eines Staatsdieners.

[2]) Was in schon vorgekommenen Fällen geschehen, gibt keinen Rechtsgrund für künftige Fälle ab; ebenso wenig läßt sich ein Rechtsgrund aus dem Umstande ableiten, daß über das Geschehene eine Beschwerde nicht eingegeben worden, abgesehen von der Frage: ob denn, seit dem Obiges behauptet worden, also seit 26 Jahren, eine Beschwerde nicht erhoben worden.

Digitized by Google

Ja! die Regierung beschränke sich gegen bisher durch diesen Gesetzesvorschlag, indem sie sich selbst die Gränze setze, einen solchen Diener nur auf die seinem bisherigen Amte nächst niedrigere Stufe zurückzusetzen, eine weitere Versetzung aber der gerichtlichen Entscheidung überlasse. Zwar sey nicht zu verkennen, daß sich auch so ein Staatsdiener gekränkt fühlen könne; allein man müsse doch bedenken, daß der Staat nicht das Opfer eines solchen Privatgefühls seyn könne, daß ein Diener durch seine Anstellung zwar allerdings auf seinen Gehalt und Rang ein Recht erwerbe, aber keineswegs das Recht, gerade auf einer bestimmten Stelle beschäftigt zu werden.[3]) Auch könne man zugeben, daß es auf die Selbstständigkeit der Staatsdiener möglicher Weise nachtheilig einwirke, wenn sie sich einer Zurücksetzung leichter ausgesetzt finden. Allein theils seyen dies für den Staat Nebenrücksichten, theils müsse man doch zu der Regierung um so mehr das Vertrauen haben, daß sie sich nur aus erheblichen Gründen zu einer solchen Zurücksetzung entschließen werde, als sie dem zurückgesetzten Diener einen Ergänzungsgehalt aussetzen müsse, der zur Kenntniß der Stände kommen, und den diese gewiß anfechten würden, wenn sie nicht von der Nothwendigkeit dieser Dienständerung überzeugt werden. Ueberdieß sey es, aller Prüfungen und sonstigen Vorsichtsmaßregeln ungeachtet, unvermeidlich, daß nicht hie und da bei Dienst-Anstellungen auch Mißgriffe gemacht werden, und diese könnten, ohne daß dadurch dem Diener Unrecht geschehe, nur dadurch verbessert werden, wenn er ohne Kränkung seiner Ehre und Rangs dahin versetzt werde, wo er nützlich für den Staat verwendet werden könne. Man müsse sich die Sache anschaulich machen. Ein Kollegialrath könne ein tüchtiger und unbescholtener Mann seyn, und doch seinen Platz nicht ausfüllen, weil er vielleicht nur nicht Charakter genug habe, seine Meinung mit Nachdruck zu vertheidigen.[4]) Ebenso könne ein Oberbeamter an und für sich ein geschickter Mann seyn, aber zu wenig Takt haben, in jedem Augenblick das Rechte zu ergreifen, oder mit Kraft, wo es nöthig sey, einzuschreiten, während er als Sekretär oder Regi-

---

[3]) Aber auf einer Stelle von gleichem Dienstrange, auf welchem die bisher bekleidete steht.

[4]) Es wird wohl keiner zum Rath befördert, ohne daß er Assessor oder Bezirksbeamter gewesen, ohne daß man also Gelegenheit gehabt, ihn kennen zu lernen.

Digitized by Google

strator ein sehr brauchbarer Diener seyn würde.[5]) Ueberdies sey dieser Grundsatz in der Dienstpragmatik gegen die Quiescenten längst gesetzlich anerkannt, und seyen doch die unglücklichste Dienerklasse, die nicht wegen Mangel an Dienstfähigkeit, sondern bloß als Folge einer neuen Organisation zurückgesetzt werden dürfen, während man von denen, welche in Folge dieses Gesetzesentwurfs zurückgesetzt werden sollen, wohl annehmen könne, daß sie wenigstens nicht ganz ohne ihre Schuld in diese Lage gekommen seien.

Fürst von Löwenstein: Er müsse bezeugen, das ihm diese Ansicht sehr einleuchte, und daß der Staat alle Ursache habe, diese Grundsätze zu befolgen. Nur finde er den Anstand, daß die öffentliche Ehre des Dieners dabei nicht gesichert sey.

v. Mohl: In der Kommission habe man zwar, wie auch ihr Bericht ausweise, diesen Gegenstand von allen Seiten beleuchtet; allein die Majorität habe sich doch von der Ueberzeugung nicht trennen können, daß der §. 47 nur von Zurücksetzungen im Strafwege und der §. 48 (soll heißen: 49) nur von Versetzungen auf gleiche Stellen handle, sowie, daß dieser Vorschlag, wenn er angenommen würde, von den nachtheiligsten Folgen für den Staatsdienst seyn müßte. Man könne, was auch sehr nöthig sey, strenge gegen die Staatsdiener seyn; aber man müsse auf der andern Seite, so lange sie ihre Pflichten nicht verletzt haben, auch ihre Rechte anerkennen, und vorzüglich ihre moralische Kraft nicht lähmen. Sie haben sogar die grundgesetzliche Pflicht, gegen Verfügungen der ihnen vorgesetzten Stellen und selbst der Ministerien, wenn sie dieselben für unrecht und schädlich halten, Vorstellungen zu machen, wodurch sie sich der Gefahr aussetzen, ungünstige Eindrücke gegen sich zu erregen. Bei gerechten und humanen Ministern, wie wir sie gegenwärtig zu besitzen das Glück haben, möge der Diener zwar ruhig sein, aber Gesetze werden auf lange Zeit gegeben, und die Minister wechseln. Ueberdieß gebe der jetzige Gesetzesentwurf jedem Departementschef einen hinlänglichen Spielraum, jeden Diener, der sich seines Amtes unwürdig mache, zurückzusetzen, ohne die verfassungsmäßigen Rechte der Diener zu verletzen.

Fürst v. Löwenstein: Auch sey noch zu bemerken, daß das Gesetz darin mangelhaft wäre, weil dem Diener, im Falle ihm Unrecht geschehe, kein Rekurs vorbehalten sey.

---

[5]) Verdient ein Solcher einen höhern Gehalt als den eines Sekretärs oder Registrators oder höheren Rang?

Digitized by Google

v. Mohl: Ein Rekursrecht habe nicht aufgenommen werden können, weil nicht der Minister, sondern der König die Versetzungen ausspreche, von den Aussprüchen des Königs aber kein Rekurs mehr möglich sey.

Fürst v. Hohenlohe-Langenburg: So wenig er die Inamovibilität der Staatsdiener in Schutz zu nehmen geneigt sey, vielmehr glaube, daß man früher hierin sehr unrichtige Ansichten und eine sehr schädliche Praxis gehabt habe, so müsse er doch gestehen, daß es fast scheine, man würde mit diesem Gesetzesvorschlag in den gegentheiligen Fehler verfallen.

Jeder Diener müsse doch soweit einen festen Fuß haben, daß er nicht zu befürchten habe, auch ohne alle nachgewiesene Schuld versetzt zu werden. Uebrigens gebe der Art. 6 Nr. 3[6]) dem Departementschef schon genug Auswege, sich eines solchen Dieners zu entledigen, während der jetzige Gesetzesvorschlag der Willkühr zu großen Spielraum lasse, weil dem Departementschef gestattet wäre, ohne alle weitere Formalitäten Versetzungen vorzuschlagen.

Minister des Innern: Er gebe gerne zu, daß man, so wie man früher die Inamovibilität der Staatsdiener zu weit getrieben habe, es auf der andern Seite auch übertreiben könne. Allein das Interesse des öffentlichen Dienstes erfordere eben, daß man Jeden auf der Stelle benütze, wo er am besten zu gebrauchen sey, und Privatrücksichten könnten nichts entscheiden. Auch habe die Willkühr in konstitutionellen Staaten ihre natürliche Grenze durch die Verfassung und darin finde der Diener Schutz;[7]) gleichwohl aber dürfe er seine Stelle nicht als ein Ruhepolster ansehen. Jeder Diener sey dem Dienstherrn und dem Vaterland verantwortlich, und möge er sich stets selbst fragen, ob er seine Stelle auch wirklich zur Zufriedenheit seiner Vorgesetzten versehe.

Fürst zu Hohenlohe-Kirchberg: Er ehre diese Gesinnungen, welche so eben der Herr Minister des Innern hier öffentlich ausgesprochen habe, und wäre nur zu wünschen, daß die untergeordneten Staatsdiener von der Wahrheit dieser Aeu-

---

[6]) Hier ist die Anwendung des §. 47 der Verfassungsurkunde wegen Unbrauchbarkeit im Benehmen des Dieners vorgesehen, namentlich wegen eines in der Schuld des Dieners liegenden Mangels an den zu Versehung der Dienstgeschäften nothwendigen Kenntnissen und Fertigkeiten.

[7]) Neben diesem Entwurf.

Digitized by Google

gerungen eben so durchdrungen seyn möchten, wie die höheren Staatsbeamten dieß selbst zu bezeugen keinen Anstand nehmen.

Fürst v. Löwenstein: Vielleicht gebe es noch mehr Mittel, sicher zu gehen um keine unbrauchbare Diener zu erhalten, wenn man sie längere Zeit auf die Probe anstellte, wie dieß z. B. in Baden geschehe.

Minister des Innern: Auch bei uns bekomme in der Regel Niemand gleich eine definitive Anstellung. Oft zeige sich's aber dann erst später, wenn der Mann in höhere Stellen vorrücke, daß er seinen Platz nicht ausfülle, und dann sey um so schwerer zu helfen, als es in vielen Fällen an die Unmöglichkeit grenze, Jemand Nachläßigkeiten und mehr spezielle Unbrauchbarkeit mit juridischer Gewißheit nachzuweisen.

Freiherr v. Linden: Eben um dem Diener den möglichsten Schutz zu gewähren, und doch dem Staate sein Oberaufsichtsrecht zu retten, habe er einige Modalitäten zu dem Gesetzesentwurf vorgeschlagen, und er glaube, daß damit alles geschehen sey, was der Diener erwarten könne.

v. Mohl: Diese Modalitäten liegen aber nicht im Gesetzesentwurfe, sie stehen sogar mit dem Geiste desselben im Widerspruch und würden den Departementschef in die sonderbare Lage setzen, sich mit seinen Untergebenen über die Gründe, welche dieser für seine Zurücksetzung vorbringe, streiten zu müssen.

Hierauf brachte das Vizepräsidium die Frage zur Abstimmung:

Soll der Antrag der Kommission, den Zusatz zu Art. 3 des Gesetzesentwurfs abzulehnen, angenommen werden.

und diese wurde mit 18 gegen 10 Stimmen bejaht.

Fürst zu Hohenlohe-Kirchberg äußert dabei: Er habe in der Kommission mit der Majorität gestimmt. Er bekenne aber, daß er durch die von dem Minister des Innern vorgebrachten Gründe in seiner Ansicht schwankend geworden sey, stimme aber gleichwohl mit Ja! weil er die Gegengründe noch für stärker halte.

Auszug aus dem Protokoll der Kammer der Standesherren vom 12. März 1830.

I. Wird das Protokoll vom 11. d. M. verlesen und nach einigen sogleich berichtigten Bemerkungen genehmigt. Nur erbittet sich Fürst zu Hohenlohe-Kirchberg folgende Bemerkung der gestrigen Verhandlung über den Gesetzesentwurf

Digitized by Google

die Entlassung der Staats- und Korporationsdiener betreffend, nachtragen zu dürfen.

„Wenn dem in Frage stehenden Satze, Art. 3 ꝛc. die Bedingung vorausgeschickt werde, daß die darin erwähnte Versetzung auf eine niedere Stufe bloß in Folge einer von dem Departementschef in Antrag gebrachten Stelle und Personalverminderung, und sollte solche auch nur eine einzige Stelle angeben, geschehen könne, so würde er für die Beibehaltung dieses ganzen Satzes als eine Erläuteruug des Gesetzes stimmen."

Da es schien, daß sich eine Debatte hierüber erheben wolle, so machte das Vizepräsidium darauf aufmerksam, daß zwar dem Fürsten zu Hohenlohe-Kirchberg nicht versagt werden könne, diese Bemerkung zu Protokoll niederzulegen, eine Debatte darüber aber, nachdem die Kammer in gestriger Sitzung über den Gesetzesentwurf definitiv abgestimmt habe, nicht stattfinden könne.

I. Heft der Verhandlungen der Kammer der Standesherren von 1830 Seite 97.
und III. Heft S. 422 und S. 433.

---

4) Zur Lehre vom Wasserrecht.

Mit besonderer Rücksicht auf die Begrenzung der Civil- und Administrativjustiz in dieser Materie.

Wenn hier der Ausdruck Wasserrecht nicht in einem streng juristischen Sinn, sondern mit vorzugsweise objektiver Beziehung genommen wird, so wird sich dieß durch die Zwecke und Einrichtungen der gegenwärtigen Zeitschrift rechtfertigen.

Der Herausgeber beabsichtigt, nach und nach eine möglichst vollständige Darstellung der Fragen und Grundsätze, welche sich aus der praktischen Behandlung dieser Materie ergeben, zu liefern und wird zu diesem Ende nicht blos die wesentlichen Resultate der früheren Mittheilungen der Monatschrift ausheben, sondern auch eine Reihe weiterer Rechtsfälle in bald umständlicheren, bald kürzeren Auszügen folgen lassen. Die erste Serie ist in den nachstehenden beiden Artikeln begriffen, über deren Inhalt zunächst ein vorläufiger Ueberblick zu geben ist.

Digitized by Google

Ueberblick über die in nachstehender Sammlung behandelten Fragen und Grundsätze.

I. Zur Lehre von der Begrenzung der Kompetenz der Civil-Gerichte und Administrativ-Justizbehörden.

1) Allgemeines zur Begrenzung der Kompetenz der Civilgerichte und Administrativjustizbehörden. *A.* V.

2) Grundsatz, daß für Streitigkeiten über den Umfang, Inhalt und Grenzen der durch Staatskonzession verliehenen Nutzungsrechte an öffentlichen und Privatwassern nicht die Gerichte, sondern die Verwaltungsjustizbehörden kompetent seyen. *A.* V. *A.* VI. *B.* I. *B* II.

3) — insbesondere bei Streitigkeiten über Wasserzufluß und Setzung von Zeichen zu Bestimmung der Wasserhöhe. *B.* II.

4) In wie weit obiger Kompetenzgrundsatz Ausnahmen erleiden könne. *A.* V. *B.* II.

5) Verträge über öffentliche Rechtsverhältnisse, insbesondere Wasserrechte, ändern an der Natur des Verhältnisses und der Zuständigkeit der Behörden nichts. *B.* I. *B.* II.

6) Frage, in wie ferne privatrechtliche Dispositionen oder Verjährung bei Verhältnissen des öffentlichen Rechts, insbesondere in Wasserrechtssachen, neben der Entscheidung der Administrativjustizbehörde noch eine Verhandlung und Entscheidung im Civilrechtsweg begründen können. *B.* I. *B.* III.

7) Inkompetenz der Gerichte bei Klagen wegen Verletzung eines Privatrechts — durch eine von den Verwaltungsbehörden aus öffentlichrechtlichen Gründen auferlegte Beschränkung einer Wasserkraft. *B.* III.

8) desgleichen — durch sonstige Verfügungen im öffentlichen Interesse, z. B. Flußkorrektionen. *B.* V.

9) Inkompetenz der Gerichte bei Klagen auf Schutz im Besitze eines öffentlichen Rechts. *B.* I.

10) Kompetenz der Civilgerichte bei Ersatzklagen wegen durch Flößerei in einem öffentlichen Fluß an den Wasserwerken gestifteten Schadens. *B.* VI.

11) desgleichen — bei einem Streit über Kollision der Rechte des Sandschöpfens und der Fischerei in einem Flußkanal. *B.* VII.

12) Zur Kompetenzfrage bei Streitigkeiten über Unterhaltung von Privatdohlen. *B.* XIII.

13) Zur Kompetenzfrage wegen durch Straßenerhöhung

Digitized by Google

und Kandelanlagen herbeigeführten Wasserabflusses und dadurch gestifteten Schadens. *B.* X. *B.* XII.

14) Inkompetenz der Gerichte bezüglich der Verbindlichkeit der Gemeinden zu Herstellung und Unterhaltung von Straßenkandeln. *B.* XII.

II. Zur Unterscheidung zwischen öffentlichen und Privatwassern.

1) Allgemeines über die Unterscheidung zwischen öffentlichem und Privatwasser mit Aufstellung verschiedener Kriterien hiefür — römisch-rechtliche — deutschrechtliche Begriffe, insbesondere über die Eigenschaft der Bäche. *A.* II. *A.* VI. *B.* I. *B.* II. *B.* IV. *B.* IX.

2) Unterscheidung der Eigenschaft eines Wassers als res communis im römischen Sinn und als öffentliche Sache im deutschrechtlichen Sinn. *B.* II. *B.* IV. *B.* IX.

3) Die Verwendung eines Wassers zu öffentlichen Zwecken spricht für die öffentliche Eigenschaft desselben. *A.* VI.

4) Schluß aus der Ertheilung von Konzessionen (besonders mit Wasserzinsen) auf die Eigenschaft eines Wassers als öffentliches. *B.* I.

5) Künstliche Anlagen zu Fassung der Wasserkräfte, namentlich Graben eines künstlichen Betts, ändern die öffentliche Natur eines Wassers nicht. *B.* I.

6) Aus dem Ursprung eines fließenden Wassers auf dem Grundstück eines Privaten folgt noch nicht das Eigenthum desselben an dem fließenden Wasser selbst. *A.* VI.

7) Aus langer Benützung eines fließenden Wassers durch die Adjacenten folgt nicht das privative Eigenthum an demselben. *A.* VI.

III. Allgemeines über die Rechte an das Wasser.

1) Eigenthum und besondere Nutzungsrechte an öffentlichen Flüssen, z. B. Schifffahrt, Flößerei, Wasserwerke. — Eigenthums und Regalitätsprinzip. *A.* V. *B.* I.

2) Prinzip des Wasserregals in Württemberg. *A.* VI. *B.* I. *B.* II.

3) Wassernutzungsrechte sind im Zweifel Ausflüsse des Hoheitsrechts, des Wasserregals. *B.* I.

4) Eigenthumsrecht des Besitzers eines Grundstücks an die auf seinem Gut entspringende Quelle. *A.* VII. *B.* VIII.

5) Frage über die Befugniß desselben, die Ursprungs-

Digitized by Google

quelle eines Bachs ausschließlich für sich zu verwenden oder den Adjacenten, welche das ihnen hievon zufließende Wasser bisher benützten, abzugraben. *A.* VII. *B.* VIII.

6) Rechtsverhältniß der Adjacenten an fließendem Wasser; Benützungsrecht und Verbindlichkeit, den natürlichen Ablauf zu dulden. *B.* II. *B.* VIII.

7) Dieselben haben in der Regel gemeinschaftliches Recht; die Behauptung eines vorzüglichen Rechts muß bewiesen werden. *B.* IX.

8) Der oben liegende Besitzer eines Wasserwerks bei Privatwassern hat den Vorzug vor einem weiter unten liegenden. *B.* IX.

9) Recht der Staatsgewalt zu Anordnungen bezüglich der Privatwasser im öffentlichen Interesse. *B.* II. *B.* III.

10) Zur Frage über den Eigenthumsbeweis an einem fließenden Wasser überhaupt. *B.* I.

IV. Schifffahrt, Flößerei, Fischerei, Uferbau.

1) Zu verschiedenen Fragen über das Rechtsverhältniß der angrenzenden Uferbesitzer und der Wasserwerkbesitzer zur Schifffahrt, Flößerei und Fischerei. *A.* II. *A.* V. *B.* V. *B.* VI. *B.* VII.

2) Insbesondere über die Verpflichtung der Uferbesitzer zu Duldung des Leinpfads. *A.* II.

3) Ersatzpflicht wegen des durch die Flößerei in einem öffentlichen Fluß an den Wasserwerken gestifteten Schadens. *B.* VI.

4) Rechte und Verbindlichkeiten der angrenzenden Uferbesitzer bezüglich der Herstellung und Erhaltung des Uferbaues gegenüber von Nachbaruferbesitzern und der Schifffahrt. *A.* II.

V. Erwerb von Wassernutzungsrechten.

A. Konzessionen.

1) Die Errichtung von Mühlen hängt von dem Konzessionsrechte des Staats ab, insbesondere nach der württembergischen Mühlordnung. *B.* II. *B.* V.

2) Bei einer von Alters her bestehenden Mühle ist die Konzessionirung, auch wenn sie nicht mehr nachgewiesen werden kann, als ertheilt anzunehmen. *B.* II. Vergl. *B.* V.

3) Ueber das durch die Konzession zu Wasserwerken an öffentlichen Wassern erworbene Recht, besonders die Frage, in

Digitized by Google

wie fern die hiedurch übertragenen Nutzungsrechte Gegenstand des Privatrechts werden. (jura quaesita). *A.* V. *B.* I.

4) Frage, in wie fern einem konzessionirten Wasserwerksbesitzer ein Einspracherecht gegen Ertheilung anderweiter Konzessionen wegen behaupteten ausschließlichen Eigenthums an dem betreffenden Wasser, vertragsmäßigen Prohibitivrechts ꝛc. zustehe. *B.* I.

5) Durch Konzession von Nutzungsrechten wird kein ausschließliches Recht erworben, auch nicht, wenn ein Wasserzins aufgelegt wird. *A.* VII. *B.* I. *B.* VIII. *B.* IX.

6) Auch wird hiedurch dem Quelleigenthümer das Eigenthum an der Ursprungsquelle nicht entzogen. *A.* VII.

7) Wassermühlen an öffentlichen Flüssen oder im gemeinschaftlichen Eigenthum der Angrenzer befindlichen Privatwassern darf das erforderliche Wasser nicht entzogen werden. *B.* VIII.

8) In wie fern durch Führung eines Kanals ein Eigenthum an das Wasser selbst erworben werde. *B.* I.

B. Belehnung.

In wie fern durch Belehnung mit einem Wasserwerk ein Recht auf das hiezu gehörige Wasser begründet werde. *A.* VII. *B.* I. *B.* VIII.

C. Verjährung.

1) Zur Lehre von der Verjährung bei Wassernutzungsrechten — Ersitzung und Unvordenklichkeit überhaupt. *A.* VII. *B.* VIII. *B.* IX. *B.* X.

2) Ueber die Frage, ob die gesetzlichen Bestimmungen über vetustas — vetus mos — consuetudo einen besondern Titel bilden, oder sich auf Immemorialverjährung beziehen. *B.* VIII. *B.* IX.

3) Die Thatsache des Zufließens und der bloßen Benützung von Wasser durch die Adjacenten begründet an sich keine Verjährung. *A.* VII. *B.* VIII.

4) Ueber die Frage, ob ein unvordenklicher Besitzstand auf natürliche Zustände gegründet werden könne, oder Kunstanlagen voraussetze. *B.* V.

VI. Veränderung des natürlichen und hergebrachten Wasserlaufes durch künstliche Werke, namentlich Straßenerhöhung oder Kandelanlagen.

1) Ueber den Grundsatz, daß der natürliche Wasserab-

Digitized by Google

lauf nicht durch künstliche Anlagen (opus manufactum) zum Nachtheil der Adjacenten eines fließenden Wassers verändert werden darf. *B.* VIII. *B.* X. *B.* XI. *B.* XII.

2) Frage über die Verpflichtung des Grundeigenthümers zu Unterhaltung einer vorhandenen Anlage in ihrem ursprünglichen Zustande. *B.* XIII.

3) Frage, ob insbesondere in einem solchen Fall eine gesetzliche Servitut anzunehmen sey. *B.* XIII.

4) Zur Lehre von der actio aquae pluviae arcendae überhaupt. *B.* IX. *B.* X. *B.* XI. *B.* XII. *B.* XIII.

5) — deren Richtung, je nachdem die schädliche Anlage von dem Eigenthümer des Nachbargrundstücks selbst oder einem Dritten vorgenommen wird. *B.* XII.

6) — deren Statthaftigkeit und Richtung bei einer bereits bestehenden Anlage, insbesondere, wenn sie von einem Rechtsvorgänger errichtet wurde. *B.* XIII.

7) — Analoge Anwendung, wenn durch Veränderung früherer Anlagen, besonders Abzugsgräben, der natürliche Wasserlauf gehemmt wird. *B.* XII.

8) — Statthaftigkeit, wenn die Anlage auf öffentlichem Grund und Boden vorgenommen wird. *B.* XII.

9) — Hinwegfallen, wenn der Betheiligte in eine neue Anlage fact. conclud. gewilligt hat. *B.* XII.

10) Actio negatoria de stillicidio vel flumine — Interdictum de fonte *B.* IX. *B.* X. *B.* XI. *B.* XII.

VII. Abgehandelte Fragen und Materien, welche zugleich allgemeine Beziehungen haben.

1) Zur Lehre von öffentlichen Sachen überhaupt. *B.* X.

2) Frage über das Eigenthum bei Staats- und Gemeindesachen — locis publicis — Straßen ꝛc. *B.* X. *B.* XII.

3) Oeffentliche Sachen und insbesondere öffentliche Gewässer können nicht Gegenstand eines civilrechtlichen Besitzes seyn. *B.* I.

4) Fall, wo es bei der Besitzesklage auf den Rechtstitel ankommt. *B.* I.

5) Ueber die Frage, ob der Einzelne ein Recht habe, das Fortbestehen eines Zustandes bezüglich öffentlicher Sachen zu verlangen. *B.* X.

6) Ueber die Frage, ob eine mit diesem Zustand in Verbindung stehende obrigkeitliche Konzession ein solches Recht begründe. *B.* X.

Digitized by Google

7) Zur Auslegung und Anwendung des §. 30 der Verfassungsurkunde.[1]) *A.* VII. *B.* V. *B.* X.

8) Insbesondere, ob solcher in Anwendung komme, wenn nicht das Eigenthum oder andere Privatrechte unmittelbar in Anspruch genommen, sondern bloß mittelbar vernachtheiligt werden. *B.* X.

9) Zur Auslegung und Anwendung des §. 95 der Verfassungsurkunde.[2]) *B.* V. *B.* VI.

10) Frage über die Statthaftigkeit privatrechtlicher Dispositionen über öffentliche Rechte, namentlich Wasserrechte, durch Vorbehalte, Verbietungsrechte, Beschränkungen. *B.* I. *B.* III.

11) In wie fern bei Erkenntnissen der Administrativjustizbehörden auf Verletzung von Privatrechten Rücksicht zu nehmen ist. *B.* XII.

12) Zum Rechtsverhältniß bezüglich der Land- und Heerstraßen. *B.* X.

13) In wie fern eine Gemeinde ihre Ortsstraßen und Wege ohne Schaden für den Einzelnen und ohne Verletzung von Privatrechten herzustellen habe. *B.* XII.

14) Zur Lehre von der unvordenklichen Verjährung überhaupt — Erforderniß eines eigentlichen Rechtsbesitzes (Ausübung als Recht.) *B.* VIII. *B.* X.

15) Zur Lehre von der Verjährung der Servituten. *B.* VIII.

16) Zur Unterscheidung der actio confessoria und negatoria. *B.* VII.

17) Das Interdictum ne quid in loco publico fiat findet nicht mehr statt, wenn man sich der neuen Einrichtung unterworfen hat. *B.* X.

18) Zur Lehre von der cautio de damno infecto. *A.* II.

19) Frage über die Statthaftigkeit einer Klage wegen durch künftige Handlungen drohenden Schadens. *B.* VI.

20) Zur Einrede der res judicata. *B.* IV.

21) Ueber die Bedingungen der Statthaftigkeit eines Erkenntnisses in petitorio, wenn prosessorisch geklagt worden ist. *B.* I.

22) Wenn in der früheren Instanz bestimmt petitorisch geklagt und erkannt wurde, kann in der späteren nicht das prossessorium kumulirt werden. *B.* IX.

23) Grundsatz: petitorium absorbet possessorium *B.* IX.

---

[1]) Vergl. Einleitung in Heft I. S. 34.

[2]) Vergl. ebendas. S. 24.

Digitized by Google

A. Erster Artikel. **Kurze Anzeige über die in der Monatschrift für die Justizpflege enthaltenen Mittheilungen in dieser Materie.**

I. Ueber Wiesenkultur und Flußnutzungsrecht. Mit Notizen über die bis jetzt erschienenen Kritiken des Gesetzesentwurfs über Bewässerungs- und Entwässerungsanlagen für Württemberg. Bd. IX. S. 105.

Es wird hier nach einigen allgemeinen Bemerkungen über Benützung des fließenden Wassers und dießfalls ertheilte Konzessionen der Staatsgewalt ein Ueberblick über die Hauptgrundsätze des im Jahre 1843 veröffentlichten Gesetzesentwurfs in Vergleichung mit den Grundsätzen des preußischen Gesetzes über Benützung der Privatflüsse vom 26. Februar 1845 und des Großherzoglich Hessischen Wiesenkulturgesetzes vom 7. Okt. 1830 und sofort über vier auf den Entwurf bezügliche Schriften, von denen drei denselben angreifen und nur eine dessen Vertheidigung übernimmt, gegeben.

II. Rechtliches Gutachten über a) die Verbindlichkeit des Duldens des Leinpfads am linken Neckarufer oberhalb der in Württemberg gelegenen Stadt N., namentlich der Zwinger-Gärten, und b) die Verbindlichkeit der Herstellung des beschädigten Ufers daselbst (vom Jahr 1834.) Bd. IX. Seite 353.

Bezüglich der ersten, den Leinpfad betreffenden Frage wird ausgeführt, daß schon das römische Recht bei allen öffentlichen Flüssen den Gebrauch der angrenzenden Ufer für Schifffahrt und Fischerei vindicire (§. 1—5. J. de rer. div. l. 2. §. 1. 3. l. 5. D. de. div. rer. l. 24. pr. D. de damn. inf. l. 1. §. 12. l. 3. pr. D. de flum. tit. D. ne quid in flum. publ. u. ut. in flum. publ. navig. lic. l. 51. D. de contr. emt.) und jedes flum. perenne als öffentlichen

Fluß ansehe (l. 1. D. de flum. Archiv f. C. P. XII. S. 275) und die Anschauung der deutschen Rechtsquellen (Sachsenspiegel Art. 28. Schwabenspiegel Art. 207. cfr. feud. II. 56. instr. pac. osnabr. Art. IX. §. 1. Wahlkapitulat. vom 25. Sept. 1745. Art. VIII. §. 6. 7. 17. vergl. Eichhorn d. St. u. R. Gesch. II. §. 362. D. P. R. §. 268. Mittermaier D. P. R. §. 280. Philipps D. P. R. I. S. 247) die Anwendung der fraglichen Rechtsnormen des römischen Rechts rechtfertige, welchem noch die Analogie der l. 11. §. 1. D. commun. praed. und das Zeugniß deutscher Rechtsurkunden, Hontheim histor. Trevir. T. II. p. 165. 267. 1376. 1417.) cfr. Weiske in Elwers Themis II. S. 308. §. 4—8. Danz Handbuch I. S. 406 beigefügt wird. Es sey sonach das Dulden des Leinpfads in Deutschland schon vor der Wiener Kongreßakte eine gesetzliche Dienstbarkeit gewesen, welche durch Art. 108—117 der Wiener Kongreßakte, vergl. Bundesakte von 1815 Art. 19 und Bundesbeschluß vom 3. Aug. 1820 (Klüber Quellensammlung S. 177, 304, 305) bestärkt worden sey. Hierauf folgt noch eine Ausführung bezüglich der Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall und dessen besondere faktische Verhältnisse.

Bezüglich der zweiten die Uferbaupflicht betreffenden **Frage** werden, im Wesentlichen in Uebereinstimmung mit Pfeiffer praktische Ausführung III. S. 122 folg., die Sätze aufgestellt, daß zwar der Eigenthümer die zum Schutze seines Eigenthums erforderlichen Bauten auf eigene Kosten herzustellen habe, dagegen das Eigenthum der Ufer oder der den Fluß begrenzenden Grundstücke keinen (zumal privatrechtlichen) Verpflichtungsgrund zum Uferbau enthalte, und auch im Falle eines Andern drohenden Schadens selbst bei künstlichen Wasser- oder Uferbauten dem Eigenthümer keine positive Verbindlichkeit hiezu obliege, soweit dieß nicht die Grundsätze über die caut. de damno infecto begründen, derselbe sich aber durch Dereliktion von jeder Verbindlichkeit befreien könne.

Zu diesem Resultat gelangt die Abhandlung auf folgen-

Digitized by Google

dem Wege. Da aus den vorliegenden einzelnen Bestimmungen des römischen und deutschen Rechts eine Rechtspflicht zum Uferbau nicht abgeleitet werden könne, (tit. D. de ripa mun. l. 11. pr. D. de commun. praed. l. un. D. ne quid. in flum. publ. §. 6. 7. l. 2. Cod. de immun. nem. conc. Sachsenspiegel lib. II. Art. 56. §. 1. vergl. Weiske a. a. O. §. 7. S. 322. Stryk us. mod. ad tit. 43. 15. §. 2. Lauterbach Colleg. 43. 15. Runde D. P. R. §. 113. folg. Danz. Hdb. S. 405. 426—444. Philipps D. P. R. I. S. 249 folg. Eichhorn D. P. R. §. 221), so können nur Observanz oder landesgesetzliche Flußpolizei-Bestimmungen eine solche begründen; außerdem sey der Uferbau Sache des betheiligten Adjacenten, welcher nur soweit als sein Aufwand andern Adjacenten zum Vortheil gereiche, von diesen Ersatz fordern könne (arg. l. 6 §. 3 und 6 l. 27. l. 31. §. 7 D. de neg. gest. Glück Comment. V. §. 421. S. 343. Vinnius sel. quaest. lib. I., cap. 37)., und höchstens könne ein Uferbesitzer, welcher durch den Zustand des Nachbarufers gefährdet sey, die Befugniß ansprechen, solches auf eigene Kosten herzustellen, (arg. l. 1 §. ult. l. 2 §. 5 D. aq. pluv. arc. vergl. Mevius decis. P. IV. decis. 138. 130. 129. Pufendorf observ. T. II. observ. 104. Mittermaier D. P. R. §. 281) und ebenso, wenn er durch einen von dem Nachbar errichteten künstlichen Bau bedroht werde, und so auch wohl der Staat wegen bedrohter Schifffahrt Besserung des fehlerhaften Werks oder Kaution fordern (l. 7. l. 13. §. 5—11. l. 15. §. 4—16. l. 24 §. 2—6. l. 43. D. de damn. inf. Lauterb. Coll. 39. 2. §. 1—30. Malblanc princ. jur. rom. II. §. 409. Thibaut Pand. §. 586), wobei übrigens bei öffentlichen Flüssen bloß de operis nicht de loci vitio gehaftet werde, (l. 15. §. 2. D. de damn. inf.) auch die Derelictien unter allen Umständen offen stehe. (l. 16. D. de damn. inf. Mühlenbruch doctr. T. II. §. 459.)

Endlich wird gezeigt, daß nach württembergischem Partikularrecht die Frage eine offene sey, und daher die ausgeführten Grundsätze Anwendung finden.

Digitized by Google

III. Ueber die Konflikte zwischen Müllern und Floßberechtigten bei Benützung öffentlicher Flüsse. Bd. X. S. 286 und Bd. XI. S. 132.

Zwei Kontroversabhandlungen über die erwähnte Frage, mit Beziehung auf zwei früher erschienene Kontroversschriften über diesen Gegenstand, worüber am Ende die im Archiv für civil. Praxis, Beil.Heft zu Band XXX. gelieferte Monographie erschienen ist.

IV. Einige Bemerkungen zu dem revidirten Entwurfe einer württembergischen Flußbauordnung. Bd. XIII. S. 248.

Bei der württembergischen Ständeversammlung wurde im Jahre 1830 der Entwurf einer Flußbauordnung und 1839 eine revidirte Fassung desselben eingebracht, ohne daß jedoch bis jetzt ein Gesetz wirklich zu Stande gekommen wäre. Als Resultat der dem Entwurfe zu Grunde liegenden Bestimmungen ist angeführt, daß bei denjenigen Gewässern, welche sich im Privateigenthum befinden, den Eigenthümern die Kosten für Herstellung und Erhaltung der Ufer und Bette zugeschieden (Art. 9 des Entwurfs), während bei öffentlichen Gewässern, wenn nicht einzelne Ausnahmen stattfinden, die fraglichen Kosten nach Art. 12 des Entwurfs von der Gemeinde oder dem Markungsinhaber (unter Konkurrenz des Staats bei solchen Flußstrecken, welche zur Schifffahrt und Flößerei dienen, zum dritten und an solchen, welche bloß zum Flößen verwendet werden, zum sechsten Theile der Kosten Art. 13) bestritten werden sollen. Diese Bestimmungen werden bezüglich der Wasserbaulast in dem vorliegenden Aufsatz angefochten, und im Wesentlichen der Grundsatz aufgestellt, daß die Wasserbaulast an öffentlichen Wassern dem Staat in seiner Eigenschaft als Wassereigenthümer oder wegen Ausübung seiner Regalien, beziehungsweise denen, welche durch Konzessionen ein veräusserliches Regal vom Staat erworben haben, soweit dieses auf das Wasser wirke, zu übernehmen haben, Dritte aber nur dann zur

Digitized by Google

Konkurrenz mit einer entsprechenden Quote gezogen werden können, wenn ihnen ein positiver Gewinn zugehe.

V. Grenzen der Kompetenz der Gerichte und Verwaltungsbehörden bezüglich der Streitigkeiten über die Benützung öffentlicher Wasser. Bd XVII. Seite 189.

Müller J. K. zu D. gegen die Verwaltung der Staatsdomäne M.

Kompetenzentscheidung vom 9. Sept. 1846.

Klage eines konzessionirten Mühlebesitzers gegen die dem betreffenden Flüßchen anliegenden Wiesenbesitzer wegen Beeinträchtigung seiner Wasserkraft durch Wässerung ihrer Wiesen mittelst künstlicher Vorrichtungen.

Es wird hier die Entscheidung eines Kompetenzkonflikts über folgenden Rechtsfall mitgetheilt.

Der Besitzer einer von einem Flüßchen getriebenen Mühle erhob gegen die Verwaltung einer nahen Staatsdomäne eine gerichtliche Klage, weil diese Behufs der Wässerung ihrer Wiesen das Wasser des Flüßchens mittelst künstlicher Vorrichtungen — Falle- und Fachbaumseinrichtung ꝛc. habe schwellen lassen, mit der Behauptung, daß er hiedurch bei Ausübung seines Mühlgewerbes bedeutenden Schaden leide, und er seit länger als Menschengedenken das Wasser ohne vorherige Schwellung benützt habe. Die Klagbitte war auf Wegnahme der künstlichen Einrichtungen und Absprechen der Befugniß, von dem Wasser etwas wegzunehmen, so lange die Mühle kein Uebereich an Wasser habe, gerichtet. Die betreffende Finanzbehörde verweigerte die Einlassung auf die Klage, weil diese sich auf die von der öffentlichen Gewalt ertheilte Konzession zu Anlegung der Mühle und öffentlichrechtliche Normen über Benützung öffentlicher Flüsse sich beziehe und deßhalb zur Cognition der Administrativjustizbehörden gehöre. Es erhob sich nun zwischen den Gerichten und Administrativjustizbehörden ein Kompetenzkonflikt.

Die für die gerichtliche Kompetenz geltend gemachten

Digitized by Google

Gründe ruhen im Wesentlichen auf folgender Ausführung:

1) Sofern öffentliche Flüsse, sowohl nach römischen als deutschrechtlichen Grundsätzen öffentliche Sachen, im engeren Sinn, d. h. im Staatseigenthum befindlich seyen (l. 1. §. 3. l. 3. D. de flum. §. 2. 4. J. de rer. div., Glük Comment. II. 497; Maurenbrecher D. P. R. I. §. 180; Eichhorn D. P. R. §. 268; Hagemann Landw.-R. Seite 247), gehören die Nutzungen zu gemeinem Gebrauch ganz dem öffentlichen Recht an.

2) Andere Nutzungsrechte an öffentlichen Flüssen, namentlich Schifffahrt, Flößerei, Anlegung zu Wasserwerken stehen nach deutschem Recht bloß dem Staat oder dem, welchem er es verleihe, zu, wobei es auf die Streitfrage über Eigenthums- oder Regalitätsprinzip nicht ankomme. (Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgeschichte II. §. 362. Maurenbrecher D. P. R. §. 293; Hagemann Ldw. R. S. 246.; Archiv für C. P. XII. S. 282. folg.; Wächter Handb. I. S. 129 ff.; Danz Handb. §. 102 und 103 u. a. m.)

3) Wenn ein solches Recht von dem Staat an den Einzelnen übertragen werde, so werde dasselbe Gegenstand des Privatrechts (Maurenbrecher D. P. R. §. 269; Eichhorn D. P. R. §. 266), worüber der Beliehene, wie über jedes andere wohlerworbene Recht verfügen könne, (Eichhorn D. P. R. §. 268; Maurenbrecher D. P. R. §. 270, 271; Archiv für C. P. XXIII. Seite 150 ff.) wobei zwar wohl das Recht der Staatsgewalt gegen einen dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufenden Gebrauch einzuschreiten, vorbehalten bleibe, dagegen demselben bei erfolgender Anfassung dieses Rechts und insbesondere bei Störungen desselben von Seiten anderer, welche gleichfalls ein Recht an den Gebrauch des Wassers behaupten, wenigstens in so weit, als diese ihre Einsprache nicht auf öffentlichrechtliche Gründe stützen, der Schutz der Gerichte nicht versagt werden dürfe.

Die gegentheilige Ausführung geht davon aus, daß die Staatsgewalt als solche (nicht der Staat als Fiskus) die

Digitized by Google

Konzession zur Anlage des Wasserwerks ertheile, welcher Satz mit Bekämpfung sowohl des Eigenthumsprinzips, als der früheren Theorie von Regalien näher ausgeführt wird, und daß die Konzession die Einräumung eines Rechts an einer res communis omnium nach vorgängiger Prüfung, in wie weit solche unbeschadet der gemeinschaftlichen Interessen und anderer erworbenen Rechte stattfinden könne, involvire. Hieran wird der Satz geknüpft, daß das konzessionirte Recht zwar wohl in Verbindung mit dem dazu gehörigen Besitzthum als Tauschwerth in den Verkehr übergehe, dessen Umfang aber nach öffentlichen Rechtsnormen und den Bedingungen der Konzession zu beurtheilen sey; dieses Recht werde jedoch im Verhältniß zu den verleihenden Staatsbehörden kein Privatrecht. Für den Schutz solcher Rechte, wenn sie gestört oder bestritten werden, seyen in Württemberg die Regiminalbehörden bestellt, wobei übrigens noch zugegeben wird, daß es Fälle gebe, wo die Kompetenz der Gerichte nicht zu bestreiten seyn werde, namentlich wenn die Konzession in der Form eines Kaufs, eines Erbpachts, eines Lehenvertrags ertheilt werde. Hierauf folgt eine Begründung mit der württembergischen Gesetzgebung und Praxis, welche jedoch nicht überzeugend, und von keinem allgemeinen Interesse ist, da, wie in der Einleitung (I. Abthlg. S. 21) bemerkt wurde, in Württemberg überhaupt in dieser Materie nichts Sicheres aus älteren Gesetzen und Zuständen abzuleiten ist. Durch Entschließung des Königs vom 9. Septbr. 1846 (vergl. Einleitung Abthlg. I. S. 26) wurde in der vorliegenden Sache, nach eingeholtem Gutachten des K. Geheimen Raths (welches nicht mitgetheilt wird) für die Kompetenz der Verwaltungsjustizbehörde entschieden.

Bemerkung des Herausgebers.

Seit dieser Entscheidung haben die Gerichte den hiebei leitenden Grundsatz angenommen und schon öfters angewendet, daß für Streitigkeiten über den Umfang und Inhalt der durch Staatskonzession verliehenen Nutzungsrechte an öffentlichen

Digitized by Google

Wassern nicht die Gerichte, sondern die Verwaltungsjustizbehörden kompetent seyen.

Es wäre wohl einleuchtender gewesen, wenn die obige Ausführung ihre Logik zu Ende geführt und den Schluß gezogen hätte: wenn die Staatsgewalt das Recht nach den Normen des öffentlichen Rechts ertheilt und seinen Umfang hienach sowohl gegenüber von dem gemeinen Wesen, als gegenüber von andern Privaten zu bestimmen habe, so folge von selbst, daß sie auch Streitigkeiten, welche über den Gebrauch des konzessionirten Rechts entstehen, sowohl gegenüber von dem gemeinen Wesen, als gegenüber von Privaten, die ihre Rechte an das Wasser gleichfalls von der Staatsgewalt zugetheilt erhalten haben, verhandle und entscheide. Denn es handle sich auch hiebei lediglich um Rechte, welche ihrer Entstehung nach durch das Verhältniß des öffentlichen Rechts begründet seyen, ohne daß ein Akt hinzugekommen wäre, welcher ihnen eine privatrechtliche Natur hätte verleihen können, und um Fragen, welche aus Normen des öffentlichen Rechts und aus vorangegangenen Akten der Staatsgewalt zu entscheiden seyen. Es gehören also der Gegenstand und die Motive des Hauptstreits und seiner Entscheidung ganz dem öffentlichen Recht an. Diese Voraussetzungen waren in dem vorliegenden Fall vorhanden, und es wäre mit einer derartigen Ableitung der Kompetenz der Administrativjustiz auch zugleich eine feste Grundlage für die Begrenzung bezüglich anderer wirklich vor die Gerichte gehörigen gegeben, so namentlich für die oben bezeichneten, daß die Konzession kaufsweise, lehensweise ꝛc. ertheilt wird, sowie für den weiteren, daß zwei konzessionirte Wasserwerksbesitzer mit einander einen Vertrag abgeschlossen haben, durch welchen über die Art der Benützung der ertheilten Wasserrechte in Verbindung mit anderen gar nicht hierauf bezüglichen sonstigen Privatrechten Stipulationen getroffen worden sind, und nun über diesen Vertrag Streit entsteht.*)

*) Näheres über die Behandlung solcher Konkurrenzfälle in dem Civilpraktikum des Herausg. I. Abth. S. 66 bis 68.

Digitized by Google

VI. Ueber die Kompetenzfrage bei Streitigkeiten über die Benützung öffentlicher Wasser und die Bestimmung der Eigenschaft eines fließenden Wassers als eines öffentlichen. Bd. XVII. Seite 205.

A. M. von E. gegen S. W. von da und Genossen. Erkenntniß des Obertribunals vom 11. März 1847.

Klage des Besitzers einer ehemals bestandenen Mühle auf Zuerkennung des ihm an einem Bach zustehenden Wassernutzungsrechts gegen die anliegenden ein Recht auf ausschließliche Benützung des Bachs zu Wässerung ihrer Wiesen beanspruchenden Wiesenbesitzer.

Der Besitzer eines in der Nähe des T . . . baches gelegenen Gebäudes, in welchem bis zum Jahre 1762 angeblich auf den Grund einer 1706 erlangten Konzession einer Getreidemühle bestanden haben soll, suchte im Jahre 1840 Konzession zu Errichtung eines Gypsmahlwerks in demselben mittelst Benützung der alten Wasserkraft und des vormals bestandenen Mühlgrabens nach, wogegen die benachbarten Wiesenbesitzer Einsprache erhoben, indem sie ein ausschließliches Benützungsrecht an dem Wasser des T . . . bachs zur Bewässerung ihrer Wiesen ansprachen, und solches auf ordentliche und unvordenkliche Verjährung stützten. Der Besitzer des fraglichen Gebäudes reichte nun gegen die Wiesenbesitzer eine gerichtliche Klage ein, dahin:

> daß ihm das Recht, den T . . . . bach zum Betrieb seines Gypswerks zu benützen, zustehe, und die Beklagten nicht befugt seyen, ihn hieran zu hindern.

In dieser im Wege der Berufung an das Obertribunal gebrachten Sache sprach dieses unterm 11. März 1847 unter Beziehung auf die oben zu V. mitgetheilte Entscheidung aus, daß, da der T . . . bach als ein öffentliches Wasser erklärt werden müsse, der Streit darüber, ob der Kläger dasselbe zu einer Mühle, ob die Beklagten es zu Bewässerung ihrer Wiesen oder ob und unter welchen Modifikationen beide

Digitized by Google

Theile je zu ihren Zwecken als gemeinschaftlich benützen dürfen, nicht zur Entscheidung der Civilgerichte sich eigne.

Näheres über die Kompetenzfrage enthält die Mittheilung nicht, dagegen sind die Gründe ausgeführt, aus welchen das Obertribunal annahm, daß der T . . . . bach als ein öffentliches Wasser anzusehen sey, was unter den Parthieen streitig war. Es wurde von dem Grundsatz ausgegangen, daß, obgleich nach gemeinem deutschen Recht nur das als Regel aufgestellt werden könne, daß alle schiff- und floßbaren Flüsse zu den öffentlichen gehören, doch die Bestimmung des römischen Rechts, l. 1 §. 1—3 D. de flum. (43, 12), wonach jedes beständig fließende Wasser zu den öffentlichen Wassern zu rechnen sey, noch jetzt gelte, sofern nicht ein Privateigenthum an demselben nachgewiesen werde, und daß jene Eigenschaft besonders dann anzunehmen sey, wenn der Staat bisher über die Benützung desselben zu öffentlichen Zwecken verfügt, namentlich zum Betriebe landesherrlicher Gewerbe verwendet habe. (Bülow und Hagemann prakt. Erört. I. Bd. III. S. 50. 52; Hagemann Landw. R. S. 245; Eichhorn D. P. R. §. 268; Wolff D. P. R. I. §. 101; Philipps D. P. R. I. §. 93.) Daß Letzteres der Fall war, wird aus den in den Verhandlungen erhobenen besonderen Thatsachen gezeigt.

Es war bezüglich der Eigenthumsfrage zur Sprache gekommen, daß ein Theil des T . . . . bachs auf den Gütern der Beklagten entspringe, und deßhalb das Eigenthum desselben von den Beklagten in Anspruch genommen worden. In dieser Beziehung sprach das Obertribunal aus, es folge daraus, daß ein Fluß oder Bach, welcher auf dem Grundstück eines Privaten seinen Ursprung habe, seinen Lauf aber durch die Grundstücke Anderer oder durch ganze Markungen nehme, nicht, daß er im Eigenthum jenes Privaten stehe, sondern dieß gelte nur von einzelnen, kein fließendes Wasser bildenden Quellen. (Bülow und Hagemann a. a. O. S. 50, 58. Hagemann Landw. R. §. 143.) Auch daraus, daß die Beklagten das Wasser seit langer Zeit zur Bewässerung ihrer

Digitized by Google

Wiesen benützt haben, lasse sich nicht auf ein privatives Eigenthum an dem Bach schließen (Mittermaier D. P. R. I. §. 222. a.), vielmehr spreche für die öffentliche Eigenschaft die Benützung des Bachs durch den Staat, wozu noch das in Deutschland herrschende Prinzip des Wasserregals komme, was insbesondere in Württemberg seit dem Herzogsbrief von 1495 der Fall gewesen sey. (Eichhorn deutsche St. u. R. Gesch. IV. §. 548; Breyer elem. jur. württ. §. 295; Wächter Hdb. I. S. 130. u. a.)

VII. Umfang eines Wasserrechts, welches ohne hierüber ertheilte besondere Bestimmungen erworben wurde. Bd. XVII. S. 211.

A. G. von K. und beziehungsweise Ch. W. von da, gegen die Königliche Eisenbahnkommission, Entschädigungsforderung betreffend.

Erkenntnisse des Obertribunals vom 4. und 25. Okt. 1850.

Klage von Wasserwerksbesitzern wegen angeblicher Beeinträchtigung des Wasserzuflusses von dem bezüglichen Bach durch Ueberdammung der Ursprungsquelle und dießfällige Dohlenführung.

Es werden hier zwei Rechtsfälle mitgetheilt, welchen im Wesentlichen folgendes faktische Verhältniß zu Grunde liegt.

Von dem sog. Mühlbach zu K . . . werden zwei Wasserwerke, eine Mahlmühle und eine Hammerschmiede getrieben. Das Wasser dieses Mühlbachs kommt wenigstens theilweise von der Quelle des sog. Klingelensbrunnens. Dieser entspringt einem Grundstück, welches die Eisenbahnbehörde im Jahre 1845 von der Gemeinde K. erkaufte. Ueber das von dem Klingelensbrunnen abfließende Wasser errichtete die Eisenbahnbehörde einen Damm und führte das Wasser durch eine Dohle ab. Die Wasserwerksbesitzer behaupteten nun, daß hiedurch der Wasserzufluß bedeutend vermindert worden sey, und erhoben Entschädigungsklagen gegen die Eisenbahnbehörde.

In den mitgetheilten Entscheidungsgründen des K. Obertribunals sind nähere Ausführungen zu finden:

Digitized by Google

1) Daß durch die Konzession kein Recht an die Quellen und Zuflüsse habe ertheilt, noch dem Quelleneigenthümer, in dessen Rechte die Beklagte eingetreten sey, das Recht über sein Quellenwasser zu verfügen, entzogen werden können und wollen, und selbst wenn die Klingelensquelle ein öffentliches Wasser wäre, kein ausschließliches Recht an solche, noch die Zusicherung einer bestimmten Wasserkraft ertheilt worden wäre.

2) Daß durch die von dem Hammerschmiedbesitzer besonders geltend gemachte Belehnung mit dem Wasserwerk gegen Entrichtung einer Gült kein Recht an die Klingelensquelle habe ertheilt werden können, noch überhaupt ein ausschließliches Recht ertheilt worden sey, namentlich auch nicht durch den in dem Erblehenbrief enthaltenen Ausdruck: „sammt aller Zugehör und Gerechtigkeit," indem nicht dargethan sey, daß der Lehenherr selbst ein besonderes dießfallsiges Recht gehabt habe, und kein urkundlicher Nachweis einer besonderen Einräumung vorliege.

3) Daß der Eigenthümer eines Grundstücks über das auf demselben entspringende Quellwasser frei verfügen könne, und dem Dritten kein Klagerecht zustehe, selbst wenn jener die bei seinem Grundstück herausbrechende Quelle abgrabe (l. 10. C. 3. 34. l. 2 §. 13. D. 43. 12. l. 1. §. 12 D. 39. 3. l. 1. §. 12. l. 24. §. 12. l. 26. D. 39. 2. l. 11. pr. D. 43. 24 vergl. Archiv für civil. Praxis XII. S. 291. III. S. 64. XVIII. S. 40, Bülow und Hagemann prakt. Erört. I. S. 58. Schweppe röm. P. R. § 228).

4) Daß das bloße Zufließen des Wassers keine Verjährung habe begründen können, indem hiezu Akte der Besitzausübung des Rechts Schritte zu ausschließlicher Benützung, Hemmungen des Eigenthümers u. dgl. gehört hätten. (Archiv für C. P. XVIII. S. 42.)

5) Daß der §. 30 der Verfassungsurkunde (vergl. Einl. S. 34) bloß den Fall von Expropriation im Auge habe und nicht Anwendung finde, weil es sich um kein besonders erworbenes Privatrecht handle. Es wird gezeigt, daß namentlich der dießfalls geltend gemachte, mit der Konzession

Digitized by Google

aufgelegte Wasserzins nicht als ein Entgeld betrachtet werden könne, da das in Frage stehende Wasser (wenigstens das der Ursprungsquelle) gar nicht im Eigenthum des Staats sey, sondern daß derselbe lediglich als eine für den polizeilichen Erlaubnißakt aufgelegte öffentliche Abgabe anzusehen sey.

B. Zweiter Artikel.

Mittheilung weiterer Rechtsfälle.

I. Müller Hock von Unterlingen, Int, Ant, Want gegen Kunstmüller Räzer von Teufringen, Jaten, Aten, Waten.*)

Erkenntniß des Obertribunals vom 23. Mai 1854.

Klage auf Schutz im Besitz und Gebrauch eines Mühlkanals und einer Ablaßfalle und Verbot des Betriebs einer an demselben Kanal von dem Beklagten errichteten Getreidemühle.

Nach dem Lagerbuch über die Burg Rottek und den Flecken Unterlingen von 1672 bildeten Rottek und Unterlingen früher eine Grundherrschaft, gehörten ursprünglich einem adelichen Rittergutsbesitzer, kamen aber später an das Kloster Babenheim und durch dieses an die Krone Württemberg, unter deren Landeshoheit die gedachte Grundherrschaft von jeher gestanden hatte. Bei der Grundherrschaft war das Erblehensystem üblich und so war auch die Mühle in Unterlingen als Erblehen ausgegeben. Durch einen Theil der Markung von Unterlingen fließt die Ammer und darüber sagt das klösterliche Lagerbuch: „Das Kloster Babenheim hat allda zu Unterlingen drei eigene Fischbäch, der eine die Neu-, die andern zween aber die alte Ammer genannt." An der vom Lagerbuch sogenannten neuen Ammer liegt nun die Mühle, welche früher Erblehen war und sich gegenwärtig im Besitz des Klägers Hock befindet. Oberhalb der Mühle befindet sich eine Grundablaßfalle, wodurch das Wasser in die neue Ammer der Mühle zu eingeleitet wird, und vor der Mühle

*) Fingirte Namen und Orte.

ist auch ein Leerschuß. Längs der beiden alten und der neuen Ammer hin liegen Privatbesitzungen, an einigen Stellen befinden sich aber auch Zugänge zum Wasserschöpfen, Waschen ꝛc. und Wege und Stege für das Bedürfniß von Unterlingen. Weiter unten, bevor die 4562 Fuß lange neue Ammer sich wieder mit der alten Ammer verbindet, erwarb im Jahre 1840 der vormalige Müller Roller an beiden Ufern der neuen Ammer verschiedene Grundstücke, um daselbst eine Oel-, Gyps-, Säg- und Schleifmühle und eine Hanfreibe zu errichten. Während die polizeiliche Erlaubniß zu diesem Unternehmen von Roller betrieben wurde, schloßen Roller für sein zu errichtendes und Hock für sein bestehendes Wasserwerk am 24. Juni 1840 einen Vertrag ab, durch welchen neben verschiedenen Bestimmungen über Reinigung des Kanals, Kosten für gewisse Reparationen und Sicherstellung eines ungehemmten Wasserzuflusses für beide Theile stipulirt wurde, daß von dem untern Müller (Roller) nie eine Getreide- oder Gerstenrollmühle ohne Genehmigung des oberen Müllers (Hock) und auf dem Platz, wo die obere Mühle stehe, ohne Genehmigung des unteren Müllers keines der Werke, wie in der unteren Mühle seyen, errichtet werden dürfe.

Roller verkaufte bald darauf sein neues Anwesen an den jetzigen Beklagten, wahrscheinlich ohne Berücksichtigung der vorstehenden Vertragsbestimmungen, und dieser erhielt die polizeiliche Konzession, trotz des Widerspruchs von Hock, durch Erlaß der Königl. Kreisregierung vom 8. Juni 1842, zu Errichtung einer Kunstmühle unter der Bestimmung, daß bezüglich der von Müller Hock erhobenen privatrechtlichen Einsprache, beiden Parthieen überlassen werde, sich auf dem Civilrechtsweg hierüber in's Reine zu setzen.

Es hat nun auch wirklich Müller Hock bei dem Oberamtsgericht H... gegen Räzer, der mittlerweile die Mühle aufgebaut und zu mahlen längst begonnen hatte, darauf geklagt, daß dieser eine Getreidemühle an der neuen Ammer nicht haben dürfe. Die Gesuche des Klägers waren bald petitorisch, bald possessorisch; das Oberamtsgericht H... wies

Digitized by Google

ihn aber, da die Sache jedenfalls petitorisch genugsam verhandelt sey, mit seiner Klage durch Erkenntniß vom 15. Juni 1843 in petitorio ab.

Hiegegen appellirte Hock an den Gerichtshof, sich hauptsächlich darüber beschwerend, daß petitorisch erkannt worden sey mit dem petitum, abändernd zu erkennen:

„Daß Jant, Ant, im ausschließlichen Besitz und Gebrauch des Mühlkanals — der neuen Ammer — zum Betrieb seiner Mühle zu schützen, Jat, At daher eine Getreidemühle in seinem Werke zu betreiben nicht befugt, und daß er hinsichtlich jeder ferneren Störung der Anten in ihrem Alleinbesitze des Kanals Kaution zu leisten, sowie auch sämmtliche Kosten des Prozesses zu tragen schuldig sey."

Der Gerichtshof bestätigte jedoch unterm 10. September 1844 das oberamtsgerichtliche Erkenntniß, indem er ein petitorisches Erkenntniß nach der Aktenlage gerechtfertigt erachtete, im Wesentlichen aus folgenden Gründen.

Den ersten aus dem Vertrag zwischen dem Kläger Anten und dem vormaligen Mühlenbesitzer Roller vom 24. Juni 1840 abgeleiteten Klagegrund beseitigt der Gerichtshof mit der Annahme, daß dieser Vertrag bei der Verhandlung vom 4. Oktober 1842 unter beiderseitiger Zustimmung für aufgehoben erklärt worden sey, stellte jedoch hiebei in Zweifel, ob derlei Verbote und Gewerbsbeschränkungen durch Privatverträge eingeführt werden können.*)

Als zweiten Klagegrund nimmt der Gerichtshof die Be-

*) A. d. H. Dieses Bedenken ist wohl zu allgemein gefaßt. Allerdings kann dem öffentlichen Recht durch privatrechtliche Akte nicht präjudizirt werden, sofern hiedurch wirklich ein öffentliches Interesse — das Interesse des Gemeinwesens beeinträchtigt wird. Wenn eine Konzession zu Errichtung einer Mühle mit Rücksicht auf den Mehlbedarf der Umgegend ertheilt wurde, so könnte ein Privatvertrag, wodurch der Konzessionirte die Verbindlichkeit übernähme, daß das Werk nie zu einer Mahlmühle benützt werden solle, nicht als absolut gültig angesehen werden und nur nach Umständen eine Entschädigungsverbindlichkeit des Pro-

Digitized by Google

hauptung des Eigenthums an der Ablaßfalle und der neuen Ammer, an welcher die klägerische Mühle liegt, an.

In diesem Betreff wird zunächst bemerkt, daß nach den vorliegenden Urkunden über Zeit und Art der Entstehung der neuen Ammer und der Mühle an derselben nichts erhoben sey und dann fortgefahren:

„Kläger, Ant Hock behauptet zwar, die neue Ammer sey für die Mühle gegeben worden und der erste Errichter der Mühle habe den Grund und Boden zum Bett der neuen Ammer ursprünglich besessen, oder damals eigenthümlich erworben, um dieselbe darüber zu leiten. Allein er schließt dieß Alles nur aus dem thatsächlichen Bestand und will, soweit dieser nicht ausreicht, den Lehensherrn und vormaligen Obereigenthümer zu Hülfe nehmen und unter den Zubehörungen der Mühle die in dem Lehenbriefe erwähnt werden, soll stillschweigend auch die neue Ammer begriffen seyn. Allein es liegt, was zunächst den letzten Grund betrifft, auf flacher Hand, daß hiebei der Eigenthumsbeweis als geführt vorausgesetzt wird, der gerade zu führen ist. Der Lehensherr konnte begreiflich nicht mehr Eigenthum verleihen, als er hatte. Wollte er daher die neue Ammer als Zubehörde der Mühle mitverleihen, so mußte er das Eigenthum daran haben und wenn behauptet werden will, dieselbe sey unter den Zubehörungen mitbegriffen

---

mittenten begründen. Dagegen ist nicht abzusehen, weßhalb ein Verzicht auf Ausübung eines öffentlichen Rechts, sey es dessen Erwerbung oder die Benützung eines schon erworbenen, ohne das Zutreffen der fraglichen Voraussetzung unkräftig seyn sollte. Es ließen sich auch Fälle genug aus der Praxis anführen, wo solche Verzichte von den Administrativbehörden anerkannt, namentlich die Frage nicht bloß über dießfallsige Entschädigung, sondern über Aufrechterhaltung des Verzichts selbst an die Gerichte verwiesen und von diesen hierüber erkannt wurde, und es steht dahin, ob nicht auch in dem vorliegenden Fall die angeführte Administrativverfügung so gemeint war, und daher im Fall einer petitorischen Klage untersucht werden mußte, ob nicht der dermalige Besitzer an den reversmäßigen Verzicht gebunden war. S.

Digitized by Google

so muß, da dieß nicht einmal ausdrücklich in den Lehenbriefen gesagt wird, bewiesen werden, daß der Lehensherr das Eigenthum daran gehabt habe. Darüber weiß aber der Kläger Ant weder Thatsachen noch Beweismittel anzuführen. Es beruht daher der ganze klägerische Beweis auf Schlußfolgerungen aus dem thatsächlichen Bestand. Dieser thatsächliche Bestand gibt aber über das Eigenthum keinen Aufschluß und sind alle dießfallsigen Anzeigen zum mindesten zweideutig.

Zwar ist augenfällig, daß die neue Ammer kunstgerecht durch Menschenhände errichtet worden ist. Allein diese Errichtung kann auch aus den vom Beklagten Aten angeführten Gründen von der Gemeinde Unterlingen veranstaltet worden seyn, oder aus dem Grunde, um das Flüßchen näher am Dorf zu haben. Ja die Gemeinde kann, um eine Mühle im Ort zu haben, den Grund und Boden zum neuen Flußbett hergegeben haben, ohne die Absicht, solchen dem Lehensherrn und Lehensmann eigentlich zu überlassen. Ja, es kann sogar der Landesherr für Herbeischaffung des Grundes und Bodens zum Flußbett gesorgt haben, um die Ammer als öffentlichen Fluß darüber zu leiten und die Mühle kann erst nachher daran hingebaut worden seyn. Aus der Verfügung des Müllers über die Ablaßfalle und dem Reinigen des Flußbetts von Seiten des Müllers folgt für das Eigenthum an Grund und Boden gar nichts. Er kann dieß zwar möglicherweise als Eigenthümer besorgt haben, er kann es aber auch, da er den alleinigen und hauptsächlichen Vortheil davon hat, als Hauptbenützer des öffentlichen Flusses gethan haben. Ja es sprechen die im Lagerbuch vorkommenden Ausdrücke: „Mühle an der Ammer", „an der neuen Ammer", und die Umstände, daß die Angrenzer die Ufer und die Gemeinde die darüber führenden Brücken und Wege unterhält, mehr dafür, daß die neue Ammer als öffentlicher Fluß angesehen und behandelt worden ist.

Jedenfalls ist so viel außer Zweifel, daß Kl. Ant den ihm obliegenden Eigenthumsbeweis aus den angeführten Anzeigen um deßwillen nicht führen kann, weil sie zweideutig sind.

Digitized by Google

Aber selbst angenommen, es sey außer Zweifel, daß er das Eigenthum am Flußbett der neuen Ammer gehabt habe, so folgt daraus noch keineswegs das Eigenthum am Fluß und der ausschließlichen Wasserkraft. Daß die Ammer sein Privateigenthum sey, hat er nicht zu behaupten gewagt, und er hat und kann daher an diesem öffentlichen Flusse kein anderes als ein Gebrauchsrecht haben, wie es jeder andere Werkbesitzer an einem öffentlichen Flusse auch hat, und die Verwendung seines Eigenthums zu Führung eines Kanals ist nichts mehr und nichts weniger als eine im eigenen Interesse geschaffene Vorrichtung zu Benützung des öffentlichen Flusses und seiner Wasserkraft, die ihm so wenig ein ausschließliches privatrechtliches Benützungsrecht gibt, als er um deßwillen, weil er eine Mühle am Wasser hat, für berechtigt gehalten werden könnte, über das Wasser selbst, wie über anderes Privateigenthum zu verfügen und solches, wenn es physisch möglich wäre, vom alten Flußbett ab- und in ein ganz anderes Thal zu leiten. Eher könnte man vielleicht umgekehrt sagen: wer sein Eigenthum hergibt, um einen öffentlichen Fluß darüber zu leiten, der gibt es dem allgemeinen Gebrauch anheim und es wird von diesem Augenblick an Fluß und Flußbett als in Jedermanns Gebrauch befindlich angesehen."

Es wird nun weiter ausgeführt, daß es der Klage an einer privatrechtlichen Begründung fehle, insbesondere die Beschwerde des Klägers nicht die sey, daß ihm der Beklagte sein Eigenthumsrecht beeinträchtige und dadurch unmittelbar einen Schaden am Eigenthum zufüge und in dieser Beziehung weiter gesagt:

„Seine Klage wird untermischt auf Eigenthum und Besitz gestützt, es ist aber nirgends eine Eigenthums- und Besitzesstörung ersichtlich. Stützt er seine Klage auf das Eigenthum am Flußbett, so ist sie die Eigenthumsklage. Der Beklagte macht aber weder ein Miteigenthum, noch eine Gerechtigkeit auf das Flußbett geltend und hat daher keinen dem klägerischen angeblichen Eigenthum widerstrebenden Willen. Sein Zweck ist Benützung des Wassers und der Wasserkraft

Digitized by Google

und daran hat der Kläger ein Eigenthum gar nicht behauptet. Ebenso ist es mit der Besitzklage, der Kläger Ant würde, wenn von privatrechtlichem Besitz die Rede wäre, solchen dadurch ausüben, daß er das Wasser über sein angebliches Eigenthum, den Mühlkanal, ablaufen läßt. Daran will ihn aber der Beklagte At nicht hindern, ihn also auch im Besitze nicht stören. Das, was Kläger At als die Absicht zu besitzen geltend macht, ist nicht die Absicht, den Eigenthumsbesitz auszuüben, sondern die Absicht, ein ausschließliches Privilegium zum Mahlen am Mühlkanal geltend zu machen. Da er aber dieses Recht nicht hat und nicht geltend macht, so kann er auch keinen diesem Recht entsprechenden Besitz haben."

Auf die hiegegen von Hock ergriffene Berufung an das Obertribunal, wobei die Besitzesklage festgehalten wurde, erließ dieses am 11. März 1845 folgende Ordination:*)

„Die Klagebitte des Janten geht dahin, zu erkennen, daß er in seinem Eigenthum zu schützen sey, und also dem Jaten nicht zustehe, innerhalb des Jantischen Mühlkanals eine Getreidemühle zu errichten; oder, wie er sich in der Beschwerdeschrift II. Instanz ausdrückt, zu erkennen, daß er im ausschließlichen Besitz und Gebrauch des fraglichen Kanals zum Betrieb seiner Mühle zu schützen und Jat daher eine Getreidemühle in seinem Werke zu betreiben nicht befugt sey. Der Zweck des Janten ist mithin kein anderer, als zu verhindern, daß der Jat eine Mühle an dem fraglichen Kanal errichte und sich zu Betreibung derselben des in dem Kanal fließenden Wassers bediene. Als actio negatoria kann die angestellte Klage nicht betrachtet werden, indem die Negatorienklage von dem Eigenthümer einer Sache, gegen Denjenigen angestellt wird, der ein besonderes Recht an der Sache des Klägers zu haben behauptet, während in dem vorliegenden Falle der Jat kein Gebrauchsrecht an einer Sache des Janten in Anspruch nimmt, vielmehr läugnet, daß der Mühlkanal Eigenthum des Janten sey und behauptet, daß durch die von ihm beabsichtigte Mitbenützung des Mühlkanals das Eigenthum

*) Vergl. Abtheil. I. S. 88. 89.

Digitized by Google

des Janten gar nicht berührt werde. Aber auch als Eigenthumsklage, wie der Senat und das Oberamtsgericht die Klage aufgefaßt haben, kann die Jation nicht aufgefaßt werden, denn das Eigenthum des Mühlkanals bildet nicht den eigentlichen Gegenstand des Streits, indem der Beklagte nicht behauptet, Eigenthümer dieses Kanals zu seyn, sondern er bloß ein Mitbenützungsrecht an demselben anspricht. Vielmehr hat der Jant nach seiner wiederholten und unter ausdrücklicher Verwahrung gegen eine Einlassung in petitorio ausgesprochenen Absicht, rein possessorisch geklagt, und zwar auf Schutz im Besitze des Rechts, jeden Andern von der Benützung des Kanals mittelst Anlegung einer Getreidemühle auszuschließen. Daher war die von dem Janten behauptete Thatsache bisheriger ausschließlicher Benützung des Kanals, mochte sie nun ihren Grund in wirklichem oder vermeintlichem Eigenthum, in einer wirklichen oder vermeintlichen Dienstbarkeit, in einem wirklichen oder vermeintlichen servitutenähnlichen Rechte

Maurenbrecher, deutsch. Priv.-R. §. 266—296.

haben, der nächste und eigentliche Gegenstand der Verhandlung und Beweisführung. Zwar ist der Jant weiter gegangen, als zur Begründung seiner Besitzstandklage erforderlich war, indem er sich nicht bloß darauf berief, daß er den Kanal bisher benützt habe, sondern auch, daß solcher sein Eigenthum sey; allein nach dem Obigen erscheint dieß bloß als ein Vorbringen pro coloranda possessione. Das Eigenthum des Mühlkanals aber konnte um so weniger zum Gegenstand der Erkenntnisse gemacht und dem Janten abgesprochen werden, als der in der Praxis angenommene Grundsatz, daß auch ohne Antrag des Klägers auf eine possessorische Klage hin dann petitorisch erkannt werden könne, wenn die faktischen Verhältnisse in Absicht auf den Rechtsstand hinreichend aufgeklärt sind, nur dann Anwendung leiden kann, wenn entweder der Jant sein Eigenthumsrecht an der Sache, oder der Jat das Gegentheil, daß nicht der Jant, sondern er, der Jat, Eigenthümer der Sache sey, bewiesen hat, wogegen in dem Falle, wenn bloß der Eigenthumsbeweis von Seiten des Janten nicht

Digitized by Google

erbracht ist, wenn er bloß possessorisch klagen zu wollen erklärt hat, das Eigenthum nicht aberkannt werden darf, weil er sich nicht für verbunden erachten konnte, seinen Beweis für das Eigenthum in possessorio vollständig geltend zu machen.

Nun haben zwar die Erkenntnisse des Oberamtsgerichtes H... vom 15. Juni 1843 und des Senats vom 10. September 1844 ihrem Wortlaute nach sich nicht über das Eigenthum an dem fraglichen Mühlkanal ausgesprochen, indem der Jant bloß mit der erhobenen, lediglich auf Schutz im Besitze gerichteten Klage abgewiesen worden ist. Allein die Entscheidungsgründe zu diesen beiden Erkenntnissen lassen überall nicht bezweifeln, daß dieselben als petitorische, den Janten mit angeblich erhobenen Eigenthumsansprüchen an den Kanal abweisenden Urtheile zu betrachten sind. Da aber nach dem oben Ausgeführten eine derartige petitorische Entscheidung in dem vorliegenden possessorischen Streite unter den vorwaltenden Umständen zu Recht nicht bestehen kann, so will man die genannten beiden Erkenntnisse mit den Sportelansätzen, wie hiemit geschieht, aufgehoben und angeordnet haben, daß zunächst der Richter erster Instanz über die bei ihm angebrachte possessorische Klage in der angedeuteten Richtung vollständig verhandle und sofort entscheide."

Am 12. Mai 1846 erkannte sofort das Oberamtsgericht, daß die Klage auf Schutz im ausschließlichen Besitze eines Mühlkanals abzuweisen sey.

Auch gegen dieses Erkenntniß appellirte Hock und wiederholte das Gesuch um Schutz im Besitz in der früheren Weise.

Hierauf erlies der Gerichtshof am 29. Mai und 5. Juni 1848 folgende Cassatoria.

Nach einer Eingangbemerkung, daß bis jetzt die Frage der gerichtlichen Kompetenz noch nicht gewürdigt worden sey, wird fortgefahren.

„Es steht den Civilgerichten nicht zu, jeden einmal thatsächlich bestehenden Zustand zu schützen, ja es gibt auch einen auf Rechtstitel sich stützenden Besitz, dessen Schutz denselben

Digitized by Google

nicht anheimfällt, den Besitz des öffentlichen Rechts. Hienach muß bei einer vor dem Civilrichter angebrachten Besitzklage vor Allem über die privatrechtliche Natur des Besitzes, für welchen Schutz verlangt wird, d. h. über die Frage Grund gemacht werden, ob der Gegenstand des streitigen Besitzes überhaupt ein solcher ist, an welchem ein Besitz im privatrechtlichen Sinne ausgeübt werden kann?"

Hierauf folgt die Feststellung der Streitfrage mit Folgendem:

„Jant verlangt Schutz im Besitze seines Mühlkanals und seiner Ablaßfalle; allein weder dieses Werk, d. h. die die Ablaßfalle bildenden Mauern, Schwellen und Stellfallen, noch das Bett des an der Mühle des Janten vorbeifließenden Wassers haben Störungen von Seiten des Jaten erlitten, vielmehr ist es das in dem Kanale abfließende Wasser und seine Befugniß, durch Niederlassen seiner Ablaßfalle das Einlaufen desselben in seinen Mühlkanal zu veranlassen, oder aber, durch Aufziehen derselben das Kanalbett trocken zu legen, ferner der ungehinderte Abfluß seines Mühlwassers, die Vermeidung von Hinterwasser und Verschlammung des Kanals, um was es dem Janten in dem Prozesse zu thun ist. Nur die alleinige Dispositionsbefugniß über das im Mühlkanal fließende Wasser wird dem Janten von dem Jaten bestritten, und wenn auch hinsichtlich der von dem Janten mit seiner Ablaßfalle vorgenommenen Verfügungen zwischen ihm und seinem Gegner Streit sich erhoben hat und selbst von Seite des Letzteren gegen den Willen des Janten, wie dieser behauptet, die Falle niedergelassen worden seyn sollte, so war und blieb immer nur die Frage Gegenstand des Streits, ob der Jant, vermöge seiner seitherigen alleinigen Disposition über die Falle befugt sey, mittelst dieses höher liegenden Werkes der am Kanale tiefer liegenden Mühle des Jaten den zum Werkbetriebe nothwendigen Wasserzufluß zu verkümmern."

Nun folgt die Ausführung, daß an dem den Streitgegenstand bildenden, im Kanale fließenden Wasser ein civil-

Digitized by Google

rechtlicher Besitz nicht ausgeübt werden könne, mit Folgendem:

„Alle öffentlichen Sachen (res publicae et communes) können nämlich nicht Gegenstand des civilrechtlichen Besitzes seyn, und namentlich haben dieß die Gesetze bei öffentlichen Gewässern ausgesprochen.

Verg. fr. 3 §. 17, fr. 30. §. 3., D. de. a. v. a. p.
Savigny, die Lehre vom Besitz 9, S. 111.

Zu den öffentlichen Flüssen gehören nach den Grundsätzen des römischen Rechts nicht nur die schiff- und floßbaren Flüsse, sondern überhaupt alle beständig fließenden Wasser, welche nicht rivi, d. h. ganz unbedeutende Bäche — tenuis aquae fluor — sind.

— §. 4 J. de rer. divis. fr. 4 §. 1, D. de div. rer. fr. 1. §. 1—3, D. de flumin.

Wenn man nun auch nicht mit

Funke, Civilarchiv XII. Seite 284

diesen Grundsatz des römischen Rechts auch auf die heutigen Verhältnisse in Deutschland geradezu für anwendbar erklären will, und vielmehr wird angenommen werden müssen, daß in Deutschland unbedingt nur die schiff- und floßbaren Flüsse für öffentliche Sachen gehalten werden müssen, so muß zum Mindesten doch auch bei anderen immer fließenden Gewässern, namentlich bei kleineren Flüßchen, wie bei der Ammer, jener Grundsatz als Regel angenommen und bei behauptetem Eigenthum oder, wie hier, einem privatrechtlichen Besitze an demselben der Beweis des angesprochenen Privatrechts von demjenigen verlangt werden, welcher Anerkennung desselben von Seiten des Richters anspricht.

Vergl. Eichhorn deutsch. Pr.-R. §. 268,
v. Bülow und Hagemann, Prakt. Erört. I. Nr. III. S. 47 ff.,
Reyscher, Württ. Pr.-R. I. §. 248, Nr. 8.
Cons. Tüb. VII. Cs. 69, §. 13—15."

Nun folgt eine Ausführung, daß selbst nach dem Vorbringen des Jauten die Ammer nicht als ein im Privateigen-

Digitized by Google

thum befindliches Wasser anzusehen sey, welchem beigefügt wird, daß für die öffentliche Eigenschaft des Ammerflüßchens weiter spreche:

„Die nicht unbedeutende Wassermenge des Flüßchens, dessen mehrere Stunden langer, durch verschiedene Markungen sich hinziehender Lauf und dessen Benützung zum Betrieb einer Menge von Werken, besonders aber der Umstand, daß, wie bei der Anlegung der Jatischen Mühle geschehen ist, der Staat für die Benützung des Wassers einen Wasserzins sich bedungen hat.

Vergl. Danz deutsch. Pr.-R. I. §. 102,
v. Bülow und Hagemann a. a. O. §. 3 S. 51 ff."

Nun heißt es weiter:

„Ist aber das Wasser des ganzen Flüßchens ein öffentliches, so konnte es dadurch, daß einem Einzelnen die Anlegung einer Mühle an demselben und die zu Einrichtung des laufenden Werks erforderlichen Veränderungen an dem Flußbette oder dem Lauf des Wassers gestattet worden, nicht in das Eigenthum desselben übergehen, und ebensowenig kann ihm aus dem Bestehen seines Werks und der an dem Wasserlauf getroffenen veränderten Einrichtungen ein civilrechtlicher Besitz an dem im veränderten Bette laufenden Wasser erwachsen. Somit konnte dahin gestellt bleiben, ob das von der Ablaßfalle des Janten aus veränderte Flußbett der Ammer, die neue Ammer, nur Behufs der Einrichtung des jetzt dem Janten gehörigen Mühlwerks gegraben, ein eigentlicher Mühlkanal, oder zu andern Zwecken, z. B. im Interesse der Gemeinde Unterlingen, angelegt worden ist, weil im ersteren Falle vielleicht wohl ein Ausschließungsrecht gegen anderweite Benützung des im Mühlkanal fließenden Wassers sich begründen lassen könnte, aber jedenfalls die Civilgerichte nicht diejenigen Behörden wären, welchen die Entscheidung über diese Frage zustünde."

Dieser Satz wird hauptsächlich mit Beziehung auf die oben A. V. angeführte Entscheidung eines Kompetenzkonflikts begründet und sofort fortgefahren:

Digitized by Google

„Eine privatrechtliche Seite hätte im vorliegenden Falle die in den früheren Akten von dem Janten angeregte Frage geboten, ob dem Jaten Angesichts des von seinem Besitzvorgänger mit dem Janten abgeschlossenen Vertrags, wonach Ersterer sein neu anzulegendes Werk nie zu einer Mahlmühle einrichten zu wollen sich verbindlich gemacht hat, die Berechtigung noch zustehe, jetzt dennoch eine Mahlmühle zu errichten, oder ob, um hier beim Besitzstreite stehen zu bleiben, der Jant etwa in Folge dieses Vertrags in den Besitz einer dinglichen Gerechtigkeit gekommen sey, den Betrieb einer Mahlmühle in dem vormals Roller'schen Gebäude, der dermaligen Mühle des Jaten, zu verbieten; allein über diesen Streitpunkt konnte eine materielle Entscheidung in dieser Instanz aus dem Grunde nicht gegeben werden, weil der Jant Ant zwar während des früheren Verfahrens, in welchem er petitorische und possessorische Ansprüche beständig unter einander gemengt hat, auf fraglichen Vergleich zu seinen Gunsten Bezug genommen, in dem neuen, rein possessorischen Prozesse aber denselben mit keiner Silbe erwähnt und überhaupt von Anfang an nur im Besitze seines Mühlkanals und seiner Ablaßfalle, nicht aber im Besitze eines aus jenem Vertrage hervorgegangenen servitutenähnlichen Rechtes geschützt zu werden verlangt hat, wonach denn auch das Oberamtsgericht nur über jenen angeblichen Besitz am Mühlkanal ꝛc., nicht aber über ein aus dem mehrerwähnten Vertrage hervorgegangenes privatrechtliches Verhältniß, oder über einen auf denselben gegründeten Quasibesitz einer Gerechtigkeit erkannt hat.

Daß nun aber derjenige Streit, über welchen das Oberamtsgericht wirklich erkannt hat, überhaupt nicht Gegenstand eines gerichtlichen Urtheils seyn konnte, ist in dem Vorstehenden nachgewiesen, und kann man daher nicht umhin, das oberamtsgerichtliche Erkenntniß vom 12. Mai 1846 sammt dem Sportelansatz, wie hiemit geschieht, aufzuheben und den Janten mit seiner, zur Verhandlung vor den Civilgerichten nicht geeigneten Klage unter Verfällung in sämmtliche Kosten

Digitized by Google

beider Instanzen von den Gerichten ab und an die zuständige Verwaltungsstelle zu verweisen."

Auf die gegen diese Entscheidung von Hock ergriffene Berufung erkannte das Obertribunal unterm 23. Mai 1854 unter Verwerfung der Beschwerde des Anten: daß der Jant mit seiner Klage, als vor die Civilgerichte nicht geeignet, zurückzuweisen sey und es im Kostenpunkt bei der Entscheidung des vorigen Richters sein Verbleiben, auch Jant die Kosten III. Instanz zu leiden habe.

Entscheidungsgründe des Obertribunals.

„Die Klage ist auf Schutz im ausschließlichen Besitze und Gebrauch des sogenannten Mühlkanals (oder der neuen Ammer) an dessen oberem Theile die Jantische Mühle liegt, sowie der denselben beherrschenden Grundablaßfalle gerichtet, in der Art, daß der Jat die von ihm an dem entgegengesetzten Theil dieses Mühlkanals errichtete Mühle zu betreiben nicht befugt seyn solle.

Der vorige Richter hat zur Genüge ausgeführt, wie den Gegenstand des Rechtsstreits nur die aus dem Ammerflusse der Mühle des Janten zugeleitete, und in dem sogenannten Kanal weiter geführte Wasserkraft bildet, an welcher der Jant den ausschließlichen Besitz mit der Wirkung zu haben behauptet, daß sein Besitz die Befugniß in sich schließe, eine Theilnahme des Jaten mit der ihm ertheilten Konzession zu Errichtung einer Mahlmühle an der Wasserkraft des Ammerflusses, soweit sich solche innerhalb des Betts der sogenannten neuen Ammer befinde, nicht zu dulden.

Daß nun die Ammer als ein zu dem Flußgebiete des Neckars gehöriger Nebenfluß zu den öffentlichen Gewässern zu zählen sey, bedarf keiner besonderen Ausführung und sie wird auch von der Staatsgewalt dahin gerechnet, wie sich dieß aus der Ertheilung von Konzessionen zu Errichtung von Mühlwerken an die Müller Roller und Räzer gerade an der in Rede stehenden sogenannten neuen Ammer und aus der

Digitized by Google

für die Ertheilung dieser Konzessionen geschehenen Auflegung von Wasserzinsen ergibt.*)

Es ist bekannt, daß sich in Deutschland seit dem frühesten Mittelalter die Rechtsansicht ausgebildet hat, daß die Flußnutzungen den Landesherren als Regalitätsrechte zustehen, wie denn auch schon in dem württembergischen Herzogsbriefe von 1495 das Wasserregal („die Wasser") in die Verleihung eingeschlossen war. Man hat daher davon auszugehen, daß auch in dem Orte Unterlingen, welcher von Alters her unter württembergischer Landeshoheit stand, die Benützung des Ammerflusses nach diesen Grundsätzen behandelt worden sey und die daran ausgeübten Nutzungsrechte aus jenen landesherrlichen Befugnissen abgeleitete waren."

Nun wird weiter ausgeführt, daß das Obertribunal mit Rücksicht auf die mehrangeführte Entscheidung eines Kompetenzkonflikts vom 9. Sept. 1846 (oben A.V.) den dort aufgestellten leitenden Grundsatz angenommen habe, daß bei Streitigkeiten über die Benützung öffentlicher Wasser, insbesondere über den Umfang und Inhalt des daran verliehenen Nutzungsrechts die Regiminalbehörde kompetent sey, und hieraus gefolgert, daß, um die Zuständigkeit der Civilgerichte zu begründen, es Sache der Jantischen Partei gewesen wäre, solche thatsächliche Momente geltend zu machen, welche die rein privatrechtliche Natur des Rechts, in dessen Besitz sie geschützt zu werden verlangt, darzulegen geeignet wären. Hierauf wird der Satz aufgestellt, daß, wenn auch im Allgemeinen, um Schutz im Besitze zu erlangen, nicht nöthig sey, den Rechts-

*) A. d. H. Dieses Argument ist wohl nicht concludent. Sowohl nach der Mühlordnung vom 10. Jan. 1729 Art. 2. als nach dem Gewerbegesetz vom 5. Aug. 1836 Art. 4. Lit. d. und der von jeher geübten Praxis hängt die Errichtung von Mühlen auch an Privatgewässern von der Staatskonzession ab (Vergl. den hienach folgenden Rechtsfall II.) und die Auflage eines Wasserzinses kann hierin nichts ändern, da solcher entweder als eine Recognitionsgebühr der Wasserhoheit, welcher auch die Privatwasser unterworfen sind, oder, was in älteren Zeiten häufig der Fall war, als eine Lehengebühr angesetzt wird. S.

Digitized by Google

titel des Besitzes darzuthun, dieß doch da nöthig werde, wenn es sich davon handle, erst festzustellen, ob der Gegenstand des Rechtsstreits, welcher seiner äußern Erscheinung nach zu denjenigen Gegenständen gehöre, welche der Cognition der Civilgerichte entzogen sind, dennoch aus besonderen Gründen der Sphäre des eigentlichen Privatrechts angehöre.

Hierauf wird in den Entscheidungsgründen fortgefahren: „Eine solche Eigenschaft des erhobenen Anspruchs wird jedoch durch das hiefür geltend gemachte nicht dargethan. Wie bereits bemerkt, folgt aus der allgemeinen Ausdehnung des Hoheitsrechts des Wasserregals, daß im Zweifel die bestehenden Wassernutzungsrechte als Ausflüsse dieses Regals, als Konzessionen der Staatsgewalt zu betrachten sind, beschränkt auf einen gewissen Umfang der Benützung, während das Regalitätsrecht seiner Substanz nach bei dem Staate verbleibt. Der in dem Lagerbuche von Babenheim enthaltene Belehnungsbrief von 1550 (die früheste historische Notiz über die fragliche Mühle und über deren Verleihung als Erblehen) gibt nichts an die Hand, was dieser Unterstellung im Wege stünde. Die viel erörterte Beschaffenheit des Wasserbetts (des sogenannten Mühlkanals) und der Grundablaßfalle bietet nichts Eigenthümliches dar, was einen Schluß auf eine andere rechtliche Natur der Wasserkraft als die eines verliehenen Nutzungsrechts rechtfertigen würde. Das Bett der neuen Ammer scheint zwar künstlich angelegt worden zu seyn; die Errichtung dieser Anlage fällt übrigens in unvordenkliche Zeit, (wie der Gemeinderath meint, 100 Jahre früher, als seine öffentlichen Bücher alt seyen), und die Veranlassung dazu, sowie die Rücksichten, welche auf die Art der Anlage von Einfluß waren, sind nicht bekannt. Durch das Graben eines künstlichen Betts verliert aber der Fluß seinen öffentlichen Charakter an sich noch nicht,

vergl. l. 1. §. 8. D. de flumin. (43, 12.)

und daß dieß auch hier nicht der Fall war, darauf weist nicht nur die nach den Regiminalakten übliche Bezeichnung des von dem Janten so genannten Mühlkanals als „Ammer",

Digitized by Google

„Ammerflüßchen", „neue Ammer", was auch schon die Bezeichnung zur Zeit der Abfassung des Lagerbuchs gewesen zu seyn scheint, sondern namentlich auch der Umstand hin, daß nach dem Zeugnisse des Gemeinderaths dieser Theil der Ammer von jeher, neben dem Betrieb des Mühlwerks, der Einwohnerschaft von Unterlingen zum gemeinen Gebrauche diente, wie solcher an den öffentlichen Gewässern stattzufinden pflegt, und daß der Gemeinderath sich für berechtigt hielt, dem Müller eine Beeinträchtigung dieser öffentlichen Benützung mittelst willkührlichen Aufziehens seiner Ablaßfalle zu untersagen. Selbst angenommen, die Anlage des fraglichen Flußbetts oder Kanals sey zunächst oder sogar allein wegen des Betriebs des Mühlwerks errichtet worden, so ist bekannt, daß bei dem Betriebe von Wasserwerken künstliche Anlagen und Fassungen der Wasserkräfte von größerer oder geringerer Ausdehnung, je nach dem zu erreichenden Zweck, den Oertlichkeiten und sonstigen Rücksichten die Regel bilden, ohne daß aus diesem Umstande jemals der Schluß zu ziehen wäre, es habe dem Wasserwerksbesitzer etwas anderes als ein nach dem Bedarf seiner Triebräder begrenztes Nutzungsrecht von dem Hoheitsrechte des Wasserregals abgelassen werden wollen und derselbe sey durch den Eintritt der Wasser in seine Vorrichtungen in die Besitz- und Dispositionsrechte eines Privateigenthümers darüber gekommen. Ebenso gewöhnlich und in der Natur der Sache gelegen ist die Einrichtung, daß den Werkbesitzern die Disposition über die Vorrichtungen (Wehrfallen, Grundablaßfallen u. s. w.) anvertraut zu seyn pflegt, welche dazu dienen, die Wasser in die mechanischen Werke einzulassen, oder sie davon zu Zeiten abzuhalten und ihnen eine andere Richtung anzuweisen, ohne daß hieraus folgen würde, daß die Berechtigung ebensoweit gehe, als die physische Möglichkeit über die betreffenden Wassermassen auch über den Bereich der eigenen Wasserwerke noch hinaus zu disponiren, oder, wie der Jantische Anwalt sich ausdrückt, das ganze Wasserbett „zu beherrschen" und daß diejenige Wasserkraft, welche über den eigenen Bedarf des betreffenden Wasserwerkbesitzers und beziehungsweise die Kon-

Digitized by Google

zession hinausgeht, seiner beliebigen Verfügung ohne Rücksicht auf unten liegende Grundeigenthümer oder auf andere bereits vorhandene oder erst zu konzessionirende Wasserwerke rechtlich nicht überlassen sey. Auch werden wohl stets jene Vorrichtungen im Eigenthum der Werkbesitzer seyn, und wird ihnen deren Unterhaltung obliegen.

Die Behauptung eines angeblichen Eigenthums an dem Bett der neuen Ammer in seiner ganzen Ausdehnung scheint der Jant selbst fallen gelassen zu haben; sie entbehrt auch, da der Jant selbst nur zu einem geringen Theile Eigenthümer des angrenzenden Bodens ist, während längs des Ufers eine Reihe anderer Grundbesitzer und darunter der Jat selbst anstoßen, auch die Uferbauten nach dem Zeugnisse des Gemeinderaths diesen Grundbesitzern, beziehungsweise der Gemeinde obliegen, einer irgend scheinbaren thatsächlichen Begründung.

Uebrigens handelt es sich nicht von einer Entfernung der Baulichkeiten des Jaten, auf den Grund eines solchen angeblichen Eigenthums des Jaten, sondern, den Bestand jener Baulichkeiten vorausgesetzt, lediglich von der Benützung des Wassers — einem Verhältniß, welches auch trotz eines etwa bestehenden Privateigenthums an dem Flußbett noch nicht aufhören würde, öffentlich rechtlicher Natur zu seyn.

Hat man hiernach lediglich dabei stehen zu bleiben, daß das Rechtsverhältniß des Janten bezüglich der Wassernutzung, möge dessen Inhalt und Umfang seyn, welcher er wolle, ein vom Staate abgeleitetes und ein Ausfluß des öffentlichen Rechts sey, so konnten auch, was die geltend gemachten Verträge mit dem früheren Besitzer des Jatischen Anwesens ꝛc. Roller betrifft, abgesehen davon, ob nicht der Vertrag vom 24. Juni 1840 in Folge der Erklärungen der Partheien als aufgehoben zu betrachten ist und daß der Inhalt des erst in der Erklärung vom 12. Dezember 1853 erwähnten angeblichen Vertrags vom 16. Juli 1841 über die Benützung des Mühlkanals nicht einmal angegeben ist, solche Beredungen unter den Konzessionären an der öffentlichrechtlichen Natur des Gegenstandes und der Zuständigkeit der Behörde nichts ändern, indem

Digitized by Google

auch Verhältnisse des öffentlichen Rechts wie des Privatrechts Gegenstand einer Uebereinkunft unter den Betheiligten seyn können und hier eine Mitwirkung der Organe der Staatsgewalt erforderlich gewesen wäre, um möglicherweise eine Umwandlung des öffentlichen Rechtsverhältnisses in ein eigentliches Privateigenthum herbeizuführen.

Hiernach ist der Jant mit seiner einer privatrechtlichen Begründung,, welche die Zuständigkeit der Civilgerichte nach sich ziehen würde, ermangelnden Klage mit Recht von dem vorigen Richter wegen Unzuständigkeit der Civilgerichte zurückgewiesen worden und war die dagegen erhobene Beschwerde als unbegründet zu verwerfen."

(Fortsetzung und Schluß dieses Artikels im nächsten Heft.)

---

5) Mittheilungen aus der Praxis der höheren Kriminalgerichte Württembergs.

Die Mittheilungen strafrechtlicher Entscheidungen der Gerichte sowohl in einzelnen Fällen, als über allgemeine Fragen, wie solche früher namentlich in dem Kommentar von Hufnagel veröffentlicht worden, sind von unbezweifelter Wichtigkeit für die Rechtsanwendung und Rechtsbildung, sowie als Vorbereitung zu künftiger Revision unseres Strafgesetzbuchs. — Indem das Archiv daher solchen Mittheilungen seine Spalten zu öffnen sich vorgesetzt hat, vertraute es auf die Unterstützung aller derjenigen, welche, sey es als Richter oder Staatanwälte oder als Sachwalter, der Rechtssprechung nahe stehen. Insbesondere wäre zn wünschen, daß durch Mittheilungen aus den Schwurgerichten zu Erläuterung und Fortentwicklung der betreffenden Gesetzgebung und zu Herbeiführung größerer Gleichförmigkeit in Anwendnng dieses Gesetzes beigetragen werden könnte. — Die Sammlung der Entscheidungen des Kassationshofs und dessen Bescheide über allgemeine Fragen, wie sie in der Monatschrift begonnen worden ist, wird in Kurzem fortgesetzt werden.

Digitized by Google

Zur Lehre vom freiwilligen Ersatz als Strafmilderungsgrund bei'm Diebstahl und andern Verbrechen.

Das Württembergische Strafgesetzbuch bestimmt in Art. 342:

„Wenn der Dieb, ehe eine beschuldigende Anzeige geschehen oder eine amtliche Einschreitung stattgefunden, aus freiem Antrieb die entwendete Sache zurückgegeben oder Ersatz dafür bewirkt hat, so ist bei einfachen Diebstählen im Falle vollständiger Entschädigung des Bestohlenen die an sich verwirkte Strafe auf die Hälfte ihrer Dauer herabzusetzen" u. s. f.

Nach den Art. 350, 360 und 388 soll diese Bestimmung auch bei andern Vergehen gegen das Eigenthum zur Anwendung kommen.

Offenbar liegt dem angeführten Art. 342 (Art. 323 des Entwurfs) der Art. 227 des bayerischen Strafgesetzbuchs, beziehungsweise der Art. XI. der bayerischen Novelle vom 25. März 1816 zu Grunde, bei welchen der Gesetzgeber, wie aus den Anmerkungen zum Gesetzbuch und der Ueberschrift des genannten Art. XI. der Novelle „von der thätigen Reue" zu entnehmen ist, ein Hauptgewicht auf das Erforderniß der Freiwilligkeit der Ersatzleistung gelegt hat, wenn auch nach späteren K. Reskripten die „thätige Reue" nicht buchstäblich genommen werden soll. (Jahrbücher von Ginner und Schmidtlein Bd. III. S. 169. Blätter für Rechtsanwendung von Seuffert und Glück, IV. Bd. S. 198 ff.) Faßt man hiernächst die Bestimmung des Art. 342 unseres Gesetzbuchs, insbesondere die Worte „aus freiem Antrieb", zumal in Verbindung mit Art. 111 Abs. 1 und Ziff. 3 in's Auge, so wird man sich zu der Ansicht hinneigen, daß auch der württembergische Gesetzgeber nach dem Vorgang der bayerischen Gesetzgebung bei dem Strafmilderungsgrund des freiwilligen Ersatzes den Schwerpunkt auf die durch die Wiedererstattung des Gestohlenen bewiesene geringere Verdorbenheit des Thäters gelegt habe. — Nun wird aber in den Motiven zu dem in der

Digitized by Google

Hauptsache unverändert in's Gesetzbuch übergegangenen Art. 323 des Entwurfs die Bestimmung, wonach der freiwillige Ersatz bei'm Diebstahl nicht bloß nach Art. 111 Z. 3 einen Strafminderungsgrund bilden, sondern eine Herabsetzung der Strafe unter den gesetzlichen Rahmen begründen solle, auf die Gesetzgebungspolitik gestützt, da namentlich bei'm Diebstahl, „je gewandter, listiger und geübter der Dieb sey, es häufig um so schwerer werde, dem Bestohlenen zu Wiedererlangung seines Eigenthums zu verhelfen". — Es ist einleuchtend, daß die hier hervorgehobene Rücksicht, dem Eigenthümer die Wiedererlangung des Gestohlenen zu erleichtern, in ihren Konsequenzen weiter führen kann, als nach dem andern — einem strafrechtlichen Grundsatz entnommenen — Gesichtspunkt zulässig wäre. — Nachdem die ständischen Verhandlungen, bei welchen beiderlei Gründe sich geltend machten, zu keinem vermittelnden Ausdruck im Gesetz geführt hatten, blieb es der Anwendung überlassen, eine solche Vermittlung zu finden. — Man wurde bald darüber einig, daß die Worte „aus freiem Antrieb" nicht auf einen *inneren* freien Antrieb zu beschränken seyen, und daß die Wiedererstattung des Gestohlenen (immer vorausgesetzt, sie sey erfolgt, ehe eine beschuldigende Anzeige oder amtliche Einschreitung stattgefunden hatte und dem Thäter bekannt geworden war), Strafmilderung begründe, auch wenn der Dieb von dem Bestohlenen angefordert oder mit Anzeige bedroht worden war. Gleichwohl konnte die Entscheidung im einzelnen Fall — auch abgesehen von der Beurtheilung der Thatfrage — noch verschieden ausfallen, wobei von wesentlichem Einfluß seyn mußte, ob man jene äußere Rücksicht für das Interesse der Eigenthümer oder die Abwägung der subjektiven Strafbarkeit des Thäters in den Vordergrund stellte, während das Obertribunal früher zu einer laxern Auslegung sich hinneigte, wie aus der von *Hufnagel* in den „Anmerkungen" S. 358 mitgetheilten Entscheidung hervorgeht, wo freiwilliger Ersatz angenommen wurde, obwohl dem Dieb kaum mehr die zu freier Entschließung nöthige Wahl offen geblieben war, — hat diese oberste Gerichtsstelle

in neuerer Zeit, wie aus den nachstehenden Entscheidungen zu ersehen ist, einer strengeren Auffassung der betreffenden Gesetzesbestimmung Raum gegeben.

1) Ferdinand J. von L., schon mehrmals wegen Diebstahls bestraft, hat nach Erstehung seiner letzten Strafe auf dem Rückwege aus der Strafanstalt in seine Heimath im Kreuzwirthshause zu Z. in der Nacht vom 1. auf den 2. Februar 1852 seinem Schlafgenossen aus dem in dessen Beinkleidern aufbewahrten Geldbeutel 1 fl. 48 kr. entwendet und sich sofort entfernt. Er wurde jedoch, da der Diebstahl bald entdeckt worden war, von dem Bestohlenen und dem Knechte des Kreuzwirths verfolgt und eingeholt, und, nachdem er vergeblich zu entfliehen versucht hatte, auf das von ihnen mitgebrachte Wägelchen gesetzt; erst jetzt bekannte er den Diebstahl und erklärte sich bereit, das gestohlene Geld, das er bei sich trug, herauszugeben, was dann auch sofort geschah.

Das Oberamtsgericht war der Ansicht, daß hier ein freiwilliger Ersatz anzunehmen, weil derselbe vor einer beschuldigenden Anzeige geschehen sey. Allein sowohl der Gerichtshof als das Obertribunal nahmen den fraglichen Milderungsgrund nicht an, weil der Angeschuldigte erst, nachdem er sich vollständig in der Gewalt des Beschädigten und des von ihm beigezogenen Knechts befunden, sich zur Herausgabe des Gestohlenen bereit erklärt habe, daher von einem freien Antriebe hier nicht die Rede seyn könne.

2) Der wegen Diebstahls schon mehrmals bestrafte Johann M. von B. hatte sich erhobener Maßen eines Münzverbrechens im Sinne des Art. 209 des Strafgesetzbuchs dadurch schuldig gemacht, daß er im Frühjahr 1854 von einem gewissen K. von H. ein falsches Halbguldenstück um 6 Kreuzer erwarb und dasselbe mit dem Bewußtseyn, daß es falsch sey, an Johann S. von O. als ein ächtes Halbguldenstück ausgab. Ungeachtet Johann M., nachdem die Unächtheit des Geldstücks durch einen Landjäger entdeckt worden war, dem S., noch bevor eine Anzeige bei Gericht

Digitized by Google

gemacht wurde, Ersatz geleistet hatte, nahm der Gerichtshof und die Minorität bei dem Obertribunal freiwilligen Ersatz nicht an, weil derselbe erst nach erfolgter amtlicher Einschreitung geleistet worden sey. Die Majorität des Obertribunals dagegen nahm den Milderungsgrund des Art. 342 des Strafgesetzbuchs als vorhanden an, weil aus den Akten sich ergebe, daß der geleistete Ersatz in eine Zeit falle, wo noch nicht von einer obrigkeitlichen Behörde eingeschritten, sondern nur von einem Landjäger Erkundigung eingezogen und der Angeschuldigte Anfangs selbst als der Betrogene angesehen worden sey, somit ein amtliches Einschreiten insbesondere gegen ihn als Verdächtigen noch nicht stattgefunden habe, wonach anzunehmen sey, daß M., ehe eine beschuldigende Anzeige geschah oder eine amtliche Einschreitung statthatte, und ohne daß er sich entdeckt oder auf sonstige Weise genöthigt gesehen hätte, Ersatz geleistet habe.

3) Der früher schon zweimal wegen Diebstahls gerichtlich mit Gefängniß bestrafte G. S. von G. hatte im November 1854 in einem Hause in K., in das er Bettelnshalber eingegangen war, ein Paar Handschuhe im Werth von 12—15 kr., welche im Hausgange auf einer Mauer lagen, entwendet, dieselben jedoch von dem ihn alsbald verfolgenden Eigenthümer ohne Weigerung sich wieder abnehmen lassen. Es entstand die Frage, ob nicht freiwilliger Ersatz im Sinn des Art. 342 des Strafgesetzbuchs anzunehmen sey. Der Angeschuldigte selbst hatte in dieser Beziehung gleich nach seiner Ergreifung vor dem Oberamte angegeben: „Der Mann, dem die Handschuhe gehörten, kam hinter mir, der ich mit einem Mann, Namens German Sch., lief, drein, hielt mir vor, ich habe ihm Handschuhe genommen, und riß an meinem Zwerchsacke herum. Ich erklärte mich aber sogleich bereit, ihm die Handschuhe zu geben und bemerkte, daß ich ein Paar Handschuhe gefunden habe." Der gedachte Zeuge, German Sch., sagte vor Gericht aus: „Der Mann (der Bestohlene) fragte den S., ob er keine Handschuhe habe? worauf dieser

Digitized by Google

erwiederte: ja, er habe an der Straße ein Paar Handschuhe gefunden und sie zurückgab. Er trug die Handschuhe nicht, er hatte sie in seinem Säckle."

Der Bestohlene gab im ersten Verhör an: „Ich verfolgte, nachdem ich die Handschuhe vermißt und meine Frau mir gesagt hatte, daß ein Mann, der soeben gebettelt, die Handschuhe könnte genommen haben, diesen Mann, und traf ihn vor St. draußen auf der Straße nach E. Ich sah nun, daß er die Handschuhe in seinem Zwerchsack stecken hatte, zog sie deßhalb heraus und wollte ihn mit mir nach St. nehmen, worauf er mir aber ausriß. Bei ihm war ein zweiter Mann." Auf die Frage: ob er den S. zuerst gefragt, ob er keine Handschuhe gesehen habe? erwiederte der Beschädigte: „Ja", — ich zog sie ihm gleich heraus, er sagte dann, sie seyen vor dem Haus gelegen." Auf Vorhalt an den Verdächtigen, daß ihm der Beschädigte die Handschuhe aus dem Sack wolle herausgezogen haben, erwiederte er: „ja, ich habe aber gleich gesagt, ich habe sie, — er ist dann zu mir her und hat sie genommen; ich habe sie ihm gutwillig gegeben." In seinem zweiten Verhöre erklärte der Beschädigte, nach Verlesung seiner Angaben im ersten Verhöre: „Diese meine Angaben bestätige ich; S. hat die Handschuhe freiwillig hergegeben und sich nicht geweigert, und gab sodann weiter an: „Ich sagte zu ihm, ob er die Handschuhe nicht gesehen habe? er sagte dann, er habe sie an dem Hause gefunden. Er hat sie gerne hergegeben und sich nicht geweigert", und auf die weitere Frage: ob er den S. zuerst wegen der Handschuhe gefragt habe? „ja, ich weiß nimmer so, wie es gegangen ist; ich habe sie gleich im Zwerchsack gesehen und herausgezogen". Auf die folgende Frage: ob S. nicht zuerst den Besitz der Handschuhe in Abrede gezogen habe, erklärte der Beschädigte wieder: „nein, das hat er nicht gethan, er hat sie gleich freiwillig hergegeben", und wiederholte auf den Vorhalt, daß S. ihm gleich wolle gesagt haben, er habe die Handschuhe, diese Angabe mit den Worten: „er hat sie freiwilliger Weise hergegeben und sich nicht geweigert." Auf die weiter an den Angeschuldigten in dieser

Digitized by Google

Beziehung gerichtete Frage: was der Beschädigte zu ihm gesagt habe, als derselbe ihn eingeholt, erwiederte er: „Erlauben Sie, ich weiß es nimmer, ich war zu sehr erschrocken, ich habe ihm die Handschuhe gleich freiwillig gegeben, er wird es nicht anders sagen können." Ein anderer Zeuge J. B. gab an: Bei Verfolgung des Angeschuldigten sey der Beschädigte an ihm (dem Zeugen) vorbeigekommen und habe ihm zugerufen, er solle ihm zu Hilfe kommen. Er (Zeuge) sey vielleicht 30—40 Schritte hinten gewesen und wie er herbeigekommen, habe der Damnifikat dem Angeschuldigten die Handschuhe gerade aus dem Zwerchsack herausgezogen. Er (Zeuge) habe zu dem Angeschuldigten gesagt, wenn er die Handschuhe genommen habe, solle er sie hergeben, worauf derselbe behauptet, er habe sie gefunden.

Die Minderheit des Obertribunals nahm freiwilligen Ersatz im Sinne des Art. 342 des Strafgesetzbuchs an, indem dieser Milderungsgrund durch das Motiv der Furcht vor Strafe nicht ausgeschlossen sey, und der Beschädigte, sofern er alsbald die Handschuhe aus dem Zwerchsack des Angeschuldigten selbst herausgenommen, diesem die positive Handlung, sie selbst zurückzugeben, unmöglich gemacht habe. Die Mehrheit des Obertribunals aber nahm in Uebereinstimmung mit dem K. Gerichtshof freiwilligen Ersatz nicht an, und zwar aus folgenden Gründen:

Wenn auch der nach den Angaben des Beschädigten und des Zeugen J. B. für erwiesen zu achtende Umstand, daß ersterer die Handschuhe aus dem Zwerchsack des Rekurrenten herauszog, einen freiwilligen Ersatz noch nicht ausschließe, wofern man nur annehmen könne, der Rekurrent habe schon vorher den Besitz der Handschuhe zugegeben und sich zum Ersatze unter Umständen bereit erklärt, wo es ihm noch möglich gewesen wäre, durch Beseitigung des Gestohlenen die Entdeckung des Diebstahles zu verhindern. Wenn aber auch auf Grund der die dießfällige Behauptung des Angeschuldigten unterstützenden Angabe des Zeugen German Sch. zu unterstellen sey, daß der Angeschuldigte sogleich und bevor der

Beschädigte Hand angelegt, den Besitz der Handschuhe zugegeben habe, so habe der Letztere sich doch sagen müssen, daß er von dem ihn wegen der Handschuhe zur Rede stellenden Eigenthümer, den er gleich als solchen erkannt hatte, nicht mehr werde freigelassen und sein Zwerchsack ihm werde ausgesucht werden, falls er sich weigern sollte, den Besitz der Handschuhe zuzugeben, zumal da auch Zeugen in der Nähe waren und es ihm nicht wohl möglich war, zu entfliehen.

---

6) Das Pfändungsinstitut nach gemeinem Recht, verschiedenen Spezialgesetzgebungen und nach dem Entwurf eines Landeskulturgesetzes für Württemberg von 1853.

(Von dem Herausgeber.)

Der im Jahr 1853 durch Druck veröffentlichte Entwurf eines Landeskulturgesetzes für Württemberg handelt in Tit. 3 von dem Waldewesen und enthält hier einen eigenen Abschnitt von der Pfändung, im Wesentlichen konform der preußischen Gesetzgebung hierüber. Die Ausbildung, welche das gemeinrechtlich geltende Pfändungsrecht durch die preußische Gesetzgebung und beziehungsweise den angeführten Gesetzesentwurf erhalten hat, ist so eigenthümlich, daß es am Platz seyn wird, nähere Kenntniß hievon mit einer kurzen rechtshistorischen Begründung des Instituts zu geben und das System im Allgemeinen einer Prüfung zu unterwerfen, ohne übrigens in eine Kritik der einzelnen Bestimmungen des württembergischen Gesetzesentwurfes selbst einzugehen.

Das römische Recht konnte dieses Recht als eine Art Selbsthilfe prinzipiell nicht billigen. Uebrigens stritten sich die älteren Rechtslehrer, ob die Pfändung nach römischem Recht ganz verwerflich sey, und selbst diejenigen, welche dieß annehmen, lassen wenigstens die Ausnahme zu, wenn der Eigenthümer auf keine andere Weise zum Schadensersatz gelangen könne, namentlich wenn ein Thier allein zu Schaden

Digitized by Google

gehe und der Eigenthümer des Grundstücks, auf welchem dasselbe betroffen wird, den Herrn des Thieres nicht kennt.

Glück, Kommentar Bd. X. §. 697 Seite 302. Leyser. Medit. ad Pand. Vol. II. Specim. CXI.

Nach dem alten deutschen Recht, dessen älteste Quellen (Salisches Gesetz, westgothische, alemannische Gesetze ꝛc.) sowie die Rechtsbücher des Mittelalters (Sachsenspiegel und Schwabenspiegel) sich mit diesem Pfändungsrecht beschäftigen, galt dasselbe in sehr weitem Umfang, selbst als eine Art eigenmächtiges Exekutionsmittel für persönliche Forderungen; in diesem Umfang ist dasselbe später, besonders in Folge der Verkündung des Landfriedens, gesetzlich reprobirt, wogegen es sich als Recht des Eigenthümers eines Grundstücks, sich wegen an demselben erlittener Beschädigung durch Wegnahme beweglicher Sachen zu sichern, insbesondere mit Beziehung auf zu Schaden gehende Thiere zum Schutze der Landwirthschaft erhielt, und wenn schon nur eine verhältnißmäßig kleine Zahl von deutschen Partikulargesetzen der früheren Periode das Recht abhandelte, doch nach der wohl einstimmigen Annahme der Rechtslehrer gemeines deutsches Recht geblieben ist. Es ist schwer, einen allgemeinen Umriß der Lehre, wie sie von den Schriftstellern als gemeines deutsches Recht aufgestellt wird, zu geben; sie wird, wie dieß bei den Materien des deutschen Rechts überhaupt gewöhnlich vorkommt, mit sehr verschiedenen Merkmalen und in sehr verschiedenen Rahmen und Modalitäten dargestellt, etwa in folgenden Hauptsätzen:

1) Die Pfändung finde statt: bezüglich von Grundstücken bei Schadenstiftung durch Thiere oder auch in anderer Weise, sowie wegen Besitzstörung, namentlich auch gegen Anmaßung der Ausübung von Rechten;

2) durch Wegnahme der schädlichen Thiere oder auch anderer dem Beschädiger gehörigen beweglicher Sachen;

3) zum Zwecke der Erlangung des Schadensersatzes, insbesondere Sicherung des Beweises — Erhaltung des Besitzstandes, Unterbrechung der Verjährung;

4) jedoch nur auf frischer That, am Orte der Störung,

Digitized by Google

übrigens mit einem bald mehr, bald weniger beschränkten Verfolgungsrecht — nicht mit gefährlichen Mitteln und nicht weiter, als der Zweck nöthig macht, also z. B. in der Regel nicht an ganzen Heerden;

5) mit der Wirkung des Retentionsrechts bis zu Erlangung aller Ansprüche auf Schadens- und Kostenersatz und, wo ein besonderes Gesetz oder Herkommen besteht, auf ein Pfandgeld als einer Art Privatstrafe — im Uebrigen der Regel nach ohne die Pflicht der Ablieferung des Pfands an den Richter, aber mit Vorbehalt des rechtlichen Austrags des Streits über die Rechtmäßigkeit der Pfändung und Größe des Schadens vor dem Richter, welcher auch alsbaldige Zurückgabe des Pfands, je nach Umständen gegen Kaution, auflegen kann.

6) Unrechtmäßige Pfändung oder Exzesse hiebei, sowie andererseits Widerstand gegen eine rechtmäßige Pfändung haben Strafen und Schadensersatz zur Folge.

Vergl. Glück, Komment. Bd. X. §. 697 S. 302 ff.
Leyser, Medit. Vol. II. Specim. CXI.
Danz, Handbuch d. Deutsch. P.R. Bd. II. §. 222 S. 351 ff.
Mittermaier, D. P.R. VI. Aufl. §. 152.
Kreittmaier, Komm. z. Cod. Max. Bav. II. Thl. 6. Kap. §. 24 ff.
Hagemann, Landw. R. II. Bch. 5. Kap. §. 317 ff.

Ueber die Aufnahme des Instituts in einigen Spezialgesetzgebungen ist Folgendes anzuführen:

Das französische Gesetzbuch enthält bloß die Schadensersatzpflicht des Eigenthümers eines Thieres ꝛc. für den durch dieses gestifteten Schaden, sey es unter Aufsicht oder entlaufen gewesen (Code civil Art. 1385). Dagegen ist in dem Gesetz über Feldpolizei vom 28. Septbr. — 6. Oktbr. 1791 Tit. 2 Art. 12 (jedenfalls im Jahr 1842 noch in Giltigkeit), das Pfändungsrecht bezüglich von Thieren jeder Art, aber nur in dem Falle, wenn solche sich selbst überlassen sind, eingeräumt, mit der Pflicht, dieselben der Ortsobrigkeit zur Verfügung zu stellen, und mit der Wirkung, daß, wenn der Schaden nicht binnen acht Tagen ersetzt ist, zum Verkauf

Digitized by Google

der gepfändeten Thiere geschritten wird. Nähere Bestimmungen über das Verfahren zur Ermittlung des Schadens sind nicht ertheilt. Geflügel, welches zu Schaden geht, darf sogar bei der Betretung getödtet werden.

Vergl. Toullier, droit civ. franç. T. XI. tit. IV. C. 2. §. 299. 300.

welcher die Weisheit des französischen Gesetzes rühmt, daß es die Pfändung nicht in Gegenwart des Herrn oder Hüters zulasse, was zu gefährlich wäre, weil Streitigkeiten und Gewaltthätigkeiten zu befürchten wären.

Das badische Recht hat dem Code hier nichts zugefügt. Es wird jedoch von

Brauer, Erläuterungen Bd. III. S. 302.

ausgeführt, daß die Pfändung als Sicherung einer Ersatzforderung für durch Thiere gestifteten Schaden ganz dem Geiste dieser Gesetzgebung entspreche und deßwegen zu den in Kraft bleibenden Arten des Herkommens gehöre.

Das österreichische Gesetzbuch (Publ. Patent vom 1. Juni 1811) Art. 1321. 1322 läßt Pfändung zu Schaden gehender Thiere zu, aber nur so vieler, als zur Entschädigung nöthig ist, übrigens als bloßes Sicherheitsmittel, indem der Schadensersatzpunkt sofort vor Gericht auszutragen ist.

In Bayern hat der Cod. Max. Bav. civ. vom 2. Januar 1756 das Pfändungsrecht sehr umfassend behandelt und es enthält besonders die Erörterung des Kreittmayerschen Kommentars hierüber P. II. S. 1277 ff. sehr werthvolle Bemerkungen über die Materie überhaupt.

In Oldenburg erkennt ein Gesetz vom 24. November 1821,

im Großherzogthum Hessen das Feldstrafgesetz vom 21. September 1841 §. 18. 19 das Pfändungsrecht an.

Vergl. Mittermaier, D. P.R. VI. Aufl. 1842. §. 152. Nr. 8.

In Preußen hat schon das allgemeine Landrecht (Publicat. Patent vom 5. Februar 1794) in Theil I. Tit. 14. Abschn. 4 §. 413—465 das Institut der Pfändung auf-

Digitized by Google

genommen und sehr umständlich entwickelt. Die Bestimmungen des Landrechts haben sofort durch die Feldpolizeiordnung vom 1. November 1847 bezüglich der Gefährdung der Landwirthschaft durch Thiere eine wesentlich neue Gestaltung erhalten. Während nach dem Landrecht Bedingung der Pfändung war, daß ohne solche eine Sicherstellung wegen schon erlittenen Schadens oder Abwendung bevorstehender Beeinträchtigung durch richterliche Hilfe nicht erlangt werden kann, also nur, wenn der Gegner unbekannt, unsicher oder ein (in der Provinz) Fremder oder die Pfändung das einzige Mittel ist, sich den Beweis zu sichern und in einem gewissen Fall auch wegen bloßer Strafe, hat die Feldpolizeiordnung das Pfändungsrecht allgemein gestattet, an Vieh, welches auf fremdem Grundstück betroffen wird, wo es überhaupt oder doch zu dieser Zeit nicht gewaidet werden darf, mit der Wirkung, daß die gepfändeten Stücke für Pfandgeld, Schaden und Kosten haften, und dem Pfandgeld neben der Bedeutung einer Privatstrafe auch die eines Mittels zum Schadensersatz gegeben, indem solches statt des letztern gefordert werden kann, vorbehältlich übrigens einer höheren Schadensliquidation.

In der Württembergischen Gesetzgebung ist das Pfändungsrecht nicht besonders abgehandelt; es ist aber kraft des hier subsidiär geltenden gemeinen deutschen Rechts als geltendes Recht anzusehen;

Motive zu dem Gesetzesentwurf über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen von 1838. Vergl. Archiv für civil. Praxis Bd. XXIII. S. 79.

Reyscher, Württ. Priv.R. Bd. I. §. 159.

übrigens in der Praxis selten und in der Regel nur in beschränktem Umfang geübt, so namentlich bei freilaufenden Thieren, gegenüber von Unbekannten ꝛc.

Die schon von den oben angeführten Schriftstellern aufgestellte Behauptung, daß das Pfändungssystem in Deutschland stets in Anwendung blieb, bestätigen auch ältere und neuere Sammlungen von Rechtsfällen:

Vergl. Harpprecht, Disput. de pignorat. von 1623 §. 130. Strube, rechtl. Bd. von Spangenberg, Bd. III. S. 302 ff.

Digitized by Google

Löw, Germanist. Rechtsf. S. 369. 378.
Boehmer's auserlef. Rechtsf. Bd. III. S. 705.
Klein, merkw. Rechtsspr. d. Juristenfakult. in Halle Bd. II. Nr. 18. S. 196.
Strippelmann, bem. Entscheidungen des Oberappell.Ger. in Cassel Th. I. Nr. 31. S. 231.
Cons. Tubing. Vol. V. Cons. 14.

Der vorliegende Entwurf des Landeskulturgesetzes folgt nun im Wesentlichen der preußischen Feldpolizei-Ordnung. Verschiedenheiten sind nur: hie und da Fassungsänderungen, einzelne Aenderungen im Materiellen, ohne bedeutenden Belang, so namentlich bei Bestimmung der Größe des Pfandgelds, der Maximalsätze, des Anspruchs verschiedener Betheiligten an dasselbe, und bezüglich der Zuständigkeit der Behörden, wo die Aenderungen sich an den Organismus der Behörden anschließen. *)

---

*) Eine möglichst gedrängte Uebersicht über den Inhalt des Gesetzes folgt hier: Vieh, welches auf fremdem Grundstück betroffen wird, wo es überhaupt oder doch zu dieser Zeit nicht gewaidet werden darf, kann vom Eigenthümer oder Nutznießer des Grundstücks oder in dessen Namen von zur Aufsicht bestellten Personen (auch Dienstleuten) zu Sicherung des Beweises und des Schadensersatzes gepfändet und auf Entrichtung eines Pfandgelds statt Schadensersatzes geklagt werden (Art. 111). Die Pfändung muß auf frischer That, ohne gefährliche Waffen und reißende Hunde kann aber auch außerhalb der Grenzen des Eigenthums geschehen (Art. 112). Wer an der Pfändung hindert, verfällt neben dem etwa begründeten Pfandgeld einer dem Pfandgeld gleichkommenden Geldstrafe — angewendete Gewalt unterliegt den bestehenden Strafgesetzen (Art. 113); gleicher Folge unterliegt das eigenmächtige Unternehmen, sich wieder in den Besitz des Pfands zu setzen (Art. 115). Wer rechtswidriger Weise pfändet, muß das Pfand zurückgeben und den Betrag des Pfandgelds als Schadensersatz entrichten (Art. 114). Die gepfändeten Thiere haften für Pfandgeld, Schaden und Kosten (Art. 116). Von der Pfändung ist binnen 16 Stunden dem Ortsvorsteher Anzeige zu machen, widrigenfalls das Pfand alsbald herauszugeben ist. Der Ortsvorsteher hat über die Verwahrung der Thiere Bestimmung zu treffen (Art. 117). Gegen Hinterlegung des Pfandgelds, der Fütterungskosten und Sicherheitsleistung für Schaden und Kosten muß das gepfän-

Digitized by Google

Werfen wir zunächst einen Blick auf das Pfändungsinstitut überhaupt und besonders die Ausbildung, welche dasselbe durch die preußische Feldpolizeiordnung und den vorlie-

---

dete Vieh zurückgegeben werden (Art. 118). Das Pfandgeld ist von jedem übergetretenen Stück zu entrichten, auch dann, wenn eine Pfändung nicht geschehen ist. Das Pfandgeld ist 1) für besonders zu schonende Grundstücke (welche näher bezeichnet sind) in viererlei Sätzen je nach der Art der bezeichneten Thiere bestimmt; 2) für alle andere Fälle im dritten Theil der obigen Beträge (Art. 119). Nach gleichem Unterschied sind die Maximalbeträge, wenn eine Mehrzahl von Stücken übergetreten ist, bestimmt (Art. 120). Das Pfandgeld vertritt die Stelle des Schadensersatzes. Elektiv kann statt des Pfandgelds ein behaupteter höherer Schaden liquidirt werden (Art. 121). Das Pfandgeld kann nur einmal gefordert werden, auch wenn der Uebertritt sich auf mehrere Grundstücke verschiedener Besitzer erstreckt hat (Art. 122). Wenn mehrere Grundstücke beschädigt sind, erhält von dem Pfandgeld derjenige, welcher gepfändet oder die Uebertretung zuerst angezeigt hat, $^1/_3$ zum Voraus, den Rest sämmtliche Beschädigte zu gleichen Theilen. Wenn der Feldhüter die Pfändung oder Anzeige bewirkt hat, erhält dieser ein Drittheil, den Rest der Beschädigte oder mehrere Beschädigte zu gleichen Theilen. In beiden Fällen, vorbehältlich des Rechts, statt des Pfandgelds vollen Schadensersatz zu verlangen (Art. 123). Auch bei dem unter der Hut eines Hirten befindlichen Vieh ist die Pfändung, Forderung des Pfandgelds, beziehungsweise Schadensersatzes, wie sonst, zulässig, wenn nicht unabwendbarer Zufall nachgewiesen wird, in welch' letzterem Fall Anzeige bei dem Ortsvorsteher oder Grundeigenthümer, womöglich binnen 12 Stunden zu machen ist (Art. 124). Die Zuständigkeit der Behörden bestimmt der Ort, wo die Pfändung oder die Uebertretung stattfand (Art. 125). Nach erhaltener Anzeige hat der Ortsvorsteher möglichst bald beide Parthieen zu hören und nöthigenfalls den Beweis aufzunehmen (Art. 126). Der Ortsvorsteher ist ohne Rücksicht auf Größe der Forderung zur Entscheidung kompetent, wenn nur Pfandgeld und Kosten gefordert werden und der Rechtspunkt außer Streit ist. Hiegegen findet nur ein Rekurs binnen acht Tagen an das Oberamt statt (Art. 127). Das Gericht — in erster Instanz stets der Gemeinderath — ist kompetent, wenn 1) die Rechtmäßigkeit der Pfändung oder das Pfandgeld wegen eines behaupteten Rechts zu der Handlung bestritten ist; oder 2) der Beschädigte neben dem Pfandgeld oder statt desselben Schadensersatz

Digitized by Google

genden Gesetzesentwurf erhalten hat, so ist ein so großer Abstand des hier herrschenden Prinzips von der subtilen Logik des römischen Rechtssystems und der ängstlichen Skrupulosität des Polizeistaats wahrzunehmen, daß eine Anschauung und Folgerungsweise, welche sich in diese steifen und monotonen Typen hinein gelebt hat, sich nicht so leicht mit dem fraglichen System befreunden kann. Allein wir werden es uns nicht mehr in die Länge verbergen können, daß die regelrechten Normative eines fast ganz aus Spekulationen über eine oft bis in's Kleinlichte gehende Casuistik herausentwickelten Rechtssystems für manche Verhältnisse der jetzigen Zeit nicht mehr passen und noch weniger ausreichen, sowie, daß die Rechtsordnung nicht mehr ausschließlich von den Voraussetzungen eines Polizeistaats abhängig gemacht werden darf. Der erste dieser Sätze bedarf wohl kaum einer näheren Ausführung; wer wird noch im Ernst bestreiten wollen, daß, so fest auch das römische Recht in seiner Bedeutung als praktische Philosophie des Rechts und als wissenschaftliches Bildungsmittel steht, dasselbe doch nicht mehr den souveränen Typus für die nöthig werdenden legislativen Schritte, zumal in den der neuen Zeit eigenthümlichen Lebensverhältnissen abgeben könne. Es ist wichtig, anführen zu können, daß die preußische Feldpolizei-Ordnung die Contrasignatur von Savigny's trägt. Was dagegen die Argumente aus der polizeistaatlichen Ordnung betrifft, so herrscht große Verwirrung in der Frage. Von einer Seite werden Beschwerden und Vorwürfe wegen Bevormundschaftung und Beschränkung durch die Herrschaft der polizeistaatlichen Tendenz erhoben, von der andern wird über eine der staatlichen Civilisation entgegentretende Lähmung und Paralysirung des Polizeiprinzips geklagt. In beiden liegt Wahrheit, nur sollte man den Vorwurf nicht blos nach einer Seite hin schieben wollen. Das alte

---

fordert (Art. 128). Das Pfandgeld erlischt durch Verjährung von Einem Jahr, von der Zeit der Pfändung, Beschädigung oder letzten amtlichen Handlung an (Art. 129).

Digitized by Google

Polizeisystem und das konstitutionelle Wesen stehen in einem inneren Widerspruch, der, besonders in kleineren Staaten, seinen Ausdruck in der Legislation wie in der Exekutive erhalten muß. Allein der Erfolg in beiden Beziehungen ist nicht im Gleichgewicht. Das polizeistaatliche Prinzip erhält auch von seinen offenen Gegnern, wenn es sich um populäre Maßregeln der Sorge und Prävention handelt, Geltung; nur auf die Exekutive fällt die Wirkung der Angriffe zurück. Kommt noch hinzu, daß überhaupt alle Verhältnisse der Neuzeit zu einer für die sittliche und rechtliche Ordnung immer gefährlicher werdenden Abschwächung der Exekutive der Polizeigewalt hintreiben, so ist es sicher an der Zeit, den Angriffen gegen das Prinzip des Polizeistaats wenigstens die Konsequenz zu geben, daß man darauf Bedacht nimmt, an die Stelle der Repressiven des Polizeisystems andere Schutzmittel und besonders ein erweitertes Nothwehrrecht des Angegriffenen zu setzen. Die Doktrin und sofort die Gesetzgebung in Kriminalsachen haben sich in dieser Beziehung in den letzten Decennien von der früheren hauptsächlich durch die Praxis herrschend gewordenen Skrupulosität emanzipirt; es ist nöthig, daß man auch in der Civilgesetzgebung einen Schritt vorwärts gehe. Eine Konzession in diesem Sinne ist eigentlich der Kern des in dem preußischen Gesetz und dem vorliegenden Gesetzesentwurf angenommenen Systems. Dieß ist in den Motiven zu dem Entwurf offen damit ausgesprochen, daß sich die Maßregel dadurch rechtfertige, daß die öffentliche Macht bei dem in Frage stehenden Verhältniß dem Bürger keinen Schutz gewähren könne. Im Uebrigen ist in den Motiven zunächst das Bedürfniß einer solchen Maßregel für die Landwirthschaft mit Gründen dargelegt, welche so bekannt sind, daß es kaum einer Andeutung derselben bedarf — Schwierigkeit des Beweises, Weitläufigkeit des Verfahrens und Unverhältnißmäßigkeit der Kosten, aus welchen Momenten das prägnante Argument gezogen wird, daß die durch diese Uebelstände herbeigeführte Passivität des Grundeigenthümers gegen solche Unbilden einen dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufenden Zustand zur Folge

Digitized by Google

habe. Sodann wird die Erwartung gesicherter Erfolge des Pfändungsrechts und insbesondere des Pfandgelds durch die einleuchtenden Gründe motivirt, daß der Eigenthümer der Thiere genöthigt sey, sich selbst um baldigen Austrag zu bemühen, daß Beweis und Realisirung des Ersatzes hiedurch gesichert werde, und daß die Bestimmungen über das Pfandgeld ein zweckmäßiges Verfahren für solche Fälle ermöglichen. Diesen Sätzen werden nur noch folgende Bemerkungen beigefügt. Es ist klar, daß der Schutz durch Polizeistrafen hauptsächlich dadurch illusorisch wird, daß der Hüter, in dessen Nachläßigkeit und Bequemlichkeit die Exzesse in der Regel einzig ruhen, solche jeden Augenblick begehen kann und begeht, weil er das Risiko einer meist kleinen Polizeistrafe und einer höchst schwierigen Ersatzklage unbedenklich übernehmen kann, daß andererseits der Grundbesitzer nach dem Pfändungssystem selbst Wächter seines Eigenthums wird, was er nach dem dermaligen Polizeiklagesystem nicht seyn mag und kann, weil es in der Regel ohne Erfolg wäre. Es wird auch der anscheinend geringfügige Umstand sehr von Bedeutung werden, daß die Schafknechte meist eigene Schafe bei der Heerde haben, und daher die Pfändungsmaßregel sie häufig unmittelbar treffen wird. Auch ist zu beachten, daß energische Schutzmittel für den Grundeigenthümer nach erfolgter Ablösung der Waiderechte weit nöthiger seyn werden, als bisher. Denn der Erfolg dieser Ablösungen ist natürlich in der Regel die Errichtung oder Erweiterung von Gemeindeschäfereien; daß aber der Schutz des Grundeigenthümers gegen einen Gemeindeschäfer viel lauer ist, als gegenüber von dritten Waideberechtigten, ist eine allbekannte Sache. Es ist nun aber freilich das Hauptbedenken gegen das System in seiner rechtlichen Seite gelegen; sollte derselbe überhaupt in einem absoluten Widerspruch mit den herrschenden Axiomen unseres Rechts stehen, so wären die entschiedensten Vortheile desselben zu theuer erkauft. Man kann sich hiebei schon um deßwillen nicht vorausweg auf die Autorität des gemeinen deutschen Rechts berufen, weil das preußische Gesetz und beziehungs-

Digitized by Google

weise der vorliegende Entwurf viel weiter gehen. Jedenfalls aber muß diese Seite untersucht werden, wenn es sich einmal um einen neuen legislativen Akt handelt.

Das System hat in der Ausbildung des vorliegenden Gesetzesentwurfs dreierlei Beziehungen, deren jede dem Recht selbst eine verschiedene Natur gibt. Die Pfändung von Thieren, welche, sich selbst überlassen, zu Schaden gehen, ist ein bloßes Vertheidigungsmittel, dessen Rechtmäßigkeit keines Worts bedarf und dessen Zulassung ein Postulat einer vernünftigen Gesetzgebung bildet. Die Pfändung von Thieren, welche unter Aufsicht eines Hüters zu Schaden gehen, fällt, sofern dieselbe, wie in dem preußischen Landrecht, blos in Nothfällen, wo obrigkeitlicher Schutz nicht anders zu erlangen steht, zugelassen wird, eben so wenig unter den Begriff der Selbsthilfe; denn der Pfänder, welcher in einer Art von Nothwehrstand ist, geht hiebei blos soweit via facti vor, als nöthig ist, um einen sonst auf ihm ruhen bleibenden Schaden abzuwenden. Ein Pfändungsrecht ohne jene Bedingung, aber doch durch die Pflicht des alsbaldigen Angehens der Obrigkeit und sofortiges Einschreiten derselben begränzt, kann gleichfalls nicht als eine eigentliche Selbsthülfe angesehen werden, sondern blos als ein in die Hände des Damnifikaten gelegtes faktisches Zwangsmittel gegen den Beschädiger, die Sache zum rechtlichen Austrag zu bringen. Man kann höchstens eine Selbsthilfe zum Vorführen des Gegners vor die Obrigkeit hierin finden. Die Gefahr, hiedurch Anlaß zu gegenseitigen Thätlichkeiten herbeizuführen, ist in der That kein haltbarer Grund hiegegen. Abgesehen davon, daß das reine Polizeisystem ebensowenig Thätlichkeiten selbst gegen die Diener der Obrigkeit zu verhindern im Stande ist, und daß erfahrungsgemäß solche Thätlichkeiten auch da, wo das Pfändungsrecht nicht in Uebung ist, sehr häufig vorkommen, ist von der Maßregel, wie sie der Gesetzesentwurf aufführt, eher das Gegentheil zu erwarten, da der Widerstand gegen die Pfändung nach Art. 113 und 115 Folgen für den Beschädiger hat, welche nicht blos für den Gepfändeten Abhaltungsgründe abgeben, sondern

Digitized by Google

auch für den Pfänder den Weg gewaltthätigen Vorschreitens gar nicht nöthig erscheinen lassen, wenn er den Hüter oder den Eigenthümer der Thiere kennt, indem er seinen Zweck durch die bloße Ankündigung der Maßregel vollständig erreicht. Es bleibt dann freilich immer noch das Bedenken, daß gewissermaßen dem Pfänder selbst der Beweis in die Hand gelegt ist. Allein neben dem, daß im Fall einer rechtswidrigen Pfändung der Schaden auf ihn zurückfällt (Art. 114), ist die Gefahr, daß gepfändet werde, wo gar kein Waideexzeß stattgefunden hat, eine sehr entfernte, indem das Volk und insbesondere der Stand der Grundbesitzer denn doch noch nicht so verdorben ist, daß Pfändungen aus reiner Chikane eine allgemeine Besorgniß abgeben könnten.

Was sodann das in den Entwurf aufgenommene Recht auf ein Pfandgeld betrifft, so ruht dieses allerdings auf Grundsätzen, welche erhebliche Bedenken erregen können. Zwar wird dieses Recht von den Rechtslehrern als ein bestehendes Attribut des Pfändungsrechts angeführt, welches aber, als auf besondern Gesetzen oder Herkommen gegründet, dargethan werden müsse.

Danz, Handbuch II. S. 360.
Mittermaier, D.P.R. §. 152.
Hagemann, landw. R. §. 323.

Auch das preußische Landrecht, §. 439, gewährt dasselbe nur so weit es in den Provinzialgesetzen begründet sey. Für Württemberg ist dasselbe jedenfalls neu. Es ist nicht zu läugnen, daß dieses Recht keine streng rechtliche Basis hat. Da das Pfandgeld nicht von der Schadensliquidation abhängig gemacht ist, so kann es den wirklich gestifteten Schaden und zwar, wenn gleich Maximalsätze hiefür bestimmt sind, häufig bedeutend übersteigen; es kann sogar eintreten, ohne daß irgend ein Schaden gestiftet wird, indem die Pfändung gerade erst im Augenblick des Uebertritts auf das angebaute einzelne Grundstück (von der erlaubten Stelle aus) erfolgen kann und ebenso, wenn auch nur auf dem Brachfeld einer Markung, also in der Regel ganz unschädlich, gewaidet wird, auf wel-

Digitized by Google

cher dem Weidenden überhaupt kein Recht zusteht, ebenso durchaus nicht jedes Weiden auf angebauten Gründstücken schädlich ist *). Das fragliche Pfandgeldssystem begründet also eine Schadens-Ersatzpflicht nach bloßer Vermuthung oder nach bloßem Durchschnitt und in vielen Fällen eine reine Privatstrafe. Nun kann zwar Letzteres nicht damit angefochten werden, daß das Gesetz vom 5. September 1839 über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen für Würtemberg die Privatstrafen im Allgemeinen verwirft, da das Pfändungsrecht ausdrücklich als bestehendes Recht vorbehalten blieb, und, wenn schon des Pfandgelds hiebei keine ausdrückliche Erwähnung geschah, doch hieraus keine Negative abzuleiten ist, weil das Pfandgeld nach gemeinem deutschem Recht, auf welches sich jener Vorbehalt allein bezogen haben kann, als an sich zulässiges Attribut des Pfändungsrechts gilt.

Dagegen kann allerdings schon das Prinzip einer solchen Aversalgenugthuung Bedenken erregen. Es dürften jedoch die Gründe, welche für die Maßregel sprechen, weit überwiegend seyn. Die praktischen Vortheile derselben sind so einleuchtend, daß sie in der That keiner weiteren Motivirung bedarf. Nur das sey bemerkt, daß die Maßregel am Ende auch für den Gepfändeten selbst weit erträglicher seyn wird, als ein Pfändungssystem ohne solche, weil durch dieselbe die Schadensliquidationen, die auch den Gepfändeten, wenn gleich am Ende kein bedeutendes Liquidum hergestellt wird, sehr beschwerlich werden, der Regel nach wegfallen werden. Das Pfändungsrecht ohne Pfandgeld ist in den meisten Fällen praktisch nicht viel mehr werth, als der Weg der einfachen polizeilichen Klage und es würde sich wohl nach den damaligen Verhältnissen kaum der Mühe lohnen, das Pfändungsinstitut auf's neue in's Leben zu rufen, wenn man das Pfandgeld nicht an die Spitze stellt. Wenn nun auch diese Maßregel, wie bemerkt, vom streng juristischen Standpunkt aus Etwas gegen sich hat,

*) Nach neueren Grundsätzen der Landwirthschaft werden selbst Kornsaatfelder, wenn sie zu üppig stehen, je nach Umständen mit Schafen übertrieben.

Digitized by Google

so ist doch in Betracht zu ziehen, daß, da der, welcher derselben unterworfen wird, solches in der Regel der eigenen bösen Absicht oder doch gröblicher Verschuldung zuzuschreiben hat, über jene Abnormität um so eher weggesehen werden kann, als die Maßregel genau begränzt ist, namentlich durch die Festsetzung der Maximalbeträge (Art. 120), durch den Vorbehalt des Beweises eines unabwendbaren Zufalls (Art. 124) und den Vorbehalt des Rechtswegs für den Fall der Behauptung eines Rechts zu der vorgenommenen Handlung (Art. 128).

Aus vorstehenden Gründen dürfte sonach das System des vorliegenden Entwurfs in so weit gerechtfertigt seyn, um die unläugbaren großen Vortheile desselben für die Annahme entscheiden zu lassen. Nur an die Bedingung möchten wir diesen Satz knüpfen, daß das Verfahren und die Entscheidung über solche Fälle in Hände gelegt werde, wo möglichste Garantie für das Recht gegeben ist. Wenn nun auch gegen die in dem Entwurf den Ortspolizeibehörden eingeräumte beschränkte Zuständigkeit an sich nichts zu erinnern ist, so sollte doch wenigstens der Rekurs nicht auf das Bezirksamt beschränkt seyn, sondern noch ein weiterer an die kollegialisch besetzte Kreisregierung offen stehen, jedenfalls aber es für die der gerichtlichen Zuständigkeit zufallenden Fälle ganz bei den ordentlichen Grundsätzen der Kompetenz bleiben und nicht der ohnedieß manchen Bedenken unterliegenden Jurisdiktion der Gemeinderäthe noch eine Erweiterung gegeben werden.

---

7) Dispensation geschiedener Ehegatten zum Behufe der Wiederverehelichung.

(Ein sehr verwickelter Fall.)

(Eingesendet.)

Im Jahr 1811 verließ eine Ehefrau ihren Mann mit dem Vorgeben, er verstehe seine Profession nicht, mißhandle sie und stoße Drohungen gegen sie aus, daß sie ihres Lebens

Digitized by Google

nicht sicher sey. Der Ehemann klagte: sein Weib unterstütze ihn nicht in seinem Gewerbe und pflege einen unangemessenen Umgang mit einem Andern, X.. Sie war nicht zu bewegen, die Ehe mit ihm fortzusetzen und erstand alle damaligen Zwangsgrade mit achttägigem Gefängniß in simplici, vierzehn Tage in duriori und vier Wochen im Zucht- und Waisenhaus. Die Ehe wurde 1813 ex capite quasi desertionis nach vorgängiger Verhandlung unter Verurtheilung der beklagten Ehefrau in die Kosten geschieden. Während sämmtlicher Verhandlungen war es der Ehefrau nicht eingefallen, zu behaupten, daß ihre Ehe wegen eines bei ihrer Verehelichung gegen sie angewendeten Zwangs von Anfang an null und nichtig gewesen sey. Sie bat nun um Erlaubniß, sich wieder anderwärts zu verehelichen. Da sie aber den vorgenannten X. als sponsum bezeichnete, wurde erkannt, daß man ihr bei den in den Akten vorliegenden Umständen nicht willfahren könne. Im Jahr 1822 kam eine weitere Bitte derselben um Erlaubniß zur Heirath mit dem katholischen Y. ein. Zugleich erklärte das katholische Pfarramt folgendes: Da nach den in der katholischen Kirche bisher angenommenen Grundsätzen die Verehelichung eines Katholiken mit einer geschiedenen Protestantin nur in dem Falle zulässig sey, wenn die Ehe derselben nach canonischen Grundsätzen als nichtig erklärt worden, so könne die Verehelichung mit dem katholischen Y. nie erlaubt werden, es wäre denn, daß die Nullität der früheren Ehe vorher dargethan würde, und zwar dürfte diese Nullitätserklärung von der bischöflichen Behörde selbst erfolgen, oder, wenn sie auch das Ehegericht ausspräche, so würde derselben doch immer ein Extrakt der hierüber gepflogenen Verhandlungen zur Einsicht und weiteren Verfügung vorgelegt werden müssen. Indessen möge sich der katholische sponsus nach vorher nachgesuchter Staatserlaubniß bei'm katholischen Kirchenrath, die in jedem Falle nothwendig sey, durch das katholische Dekanat an die bischöfliche Behörde selbst wenden. Unterm 13. Juni 1822 wurde nun der abgeschiedenen Ehefrau die Erlaubniß,

Digitized by Google

sich mit dem — der katholischen Konfession zugethanen Y. verheirathen zu dürfen, gegen Erlegung der Taxe mit dem Anfügen ertheilt, daß dem katholischen sponsus zu überlassen sey, die gleichmäßige Erlaubniß bei seiner Behörde nachzusuchen. Die Bittstellerin suchte hierauf bei der protestantischen Behörde in einer Eingabe vom 13.—18. August 1823 darzuthun, daß sie zu Eingehung der Ehe genöthigt worden sey, und bat, die Zeugen zu vernehmen, und einen Ausspruch zu thun, daß ihre Ehe mit ihrem abgeschiedenen Mann auch wegen Zwangs ungiltig gewesen sey. — Diese Bitte wurde jedoch unstatthaft gefunden, indem von der Ungültigkeitserklärung einer Ehe, welche gar nicht mehr bestehe, sondern schon längst durch das ehegerichtliche Urtheil aufgelöst worden, nicht mehr die Frage seyn könne. Unterm 23. Januar 1824 entschied sich der Generalvikar dahin, daß man auf der früheren Entschließung beharren müsse, wonach dem katholischen sponsus die Erlaubniß zur Heirath mit der geschiedenen Protestantin nicht ertheilt werden könne, wenn diese nicht den vollständigen Beweis herstelle, daß sie zu ihrer ersten, nun aufgelösten Ehe gezwungen worden und diese von Anfang an nicht giltig gewesen. Sie oder ihr Bräutigam hätten sich zwar auf mehrere Zeugen berufen, da es aber dem bischöflichen Vikariat nicht zustehe, die eidliche Vernehmung dieser durchaus protestantischen Zeugen anzuordnen, so müsse man ihm oder ihr lediglich überlassen, dieselbe bei den geeigneten Beamtungen nachzusuchen und das Resultat vorzulegen. Diese Entscheidung wurde dem betreffenden Ehegericht vorgelegt mit der Bitte, die Zeugen eidlich zu vernehmen und die Abschrift der Protokolle zu weiterem Gebrauch dem Generalvikariat einhändigen zu lassen. Allein die Bittsteller wurden auf die frühere Entscheidung wiederholt verwiesen, und dem betreffenden Bezirksamte die Weisung ertheilt, wenn das Generalvikariat weitere Schritte in dieser Sache veranlassen wollte, solches zu berichten. Nun lief unterm 20. Mai 1824 bei dem Bezirksamte S. ein Erlaß des K. katholischen Kirchenraths ein: die gebetene Einschreitung könne nicht statt-

Digitized by Google

finden, weil die Weigerung des Generalvikars zu Gestattung der Ehe, so lange der Beweis über die behauptete Nichtigkeit der Ehe nicht geführt sey, als begründet erscheine, und weil das Generalvikariat die Vernehmung der benannten Zeugen nicht von Amtswegen anordnen könne, sondern dem Bräutigam überlassen müsse, die zu Führung des Beweises erforderliche Anordnung bei dem evangelischen Ehegericht auszuwirken. Zugleich sey den Interessenten zu eröffnen, daß nicht die Bezirksämter S. und O., in deren Bezirken die Zeugen sich befinden, sondern die bezüglichen Bezirksgerichte um eidliche Vernehmung der Zeugen anzugehen seyen; auch habe die Braut selbst eidlich zu erhärten, daß sie auch während der Zeit ihres Zusammenlebens mit ihrem geschiedenen Mann in ihrem Innern nie ihre freie ungezwungene Einwilligung zur ehelichen Verbindung mit demselben gegeben habe, da ihr während derselben Zeit nicht bekannt geworden, daß diese Ehe gleich Anfangs wegen des Zwangs nichtig und ungiltig gewesen. Wenn sodann die Braut die Protokolle über die eidlichen Zeugenaussagen und ihre eigene Aussage dem Generalvikariat übergeben werde, so werde dasselbe keinen Anstand nehmen, dem Bräutigam die Erlaubniß zu ertheilen. Sollten die beiden Gerichtsbehörden der Bitte der Braut um eidliche Vernehmung der Zeugen nicht entsprechen wollen, so könne sie die dießfallsige Anordnung bei der betreffenden höheren Gerichtsstelle nachsuchen. Die Braut wendete sich an die Gerichtsbehörden. Von dem Bezirksgericht S. wurden die Zeugen wirklich eidlich vernommen, die Beeidigung der Braut aber zurückgewiesen. Auf eine von der Letzteren bei dem K. Justizministerium eingereichte Eingabe erging am 18. Juli 1826 ein Erlaß, wonach der Braut bedeutet wurde, daß sie im außergerichtlichen Wege zum Ziele niemals gelangen könne.

Unterm 4. Okt. 1826 wendete sich das katholische Dekanatamt S. an das Oberamtsgericht O. mit dem Anführen, das bischöfliche Generalvikariat habe unterm 15. Sept. 1826 auf die erneuerte Bitte des katholischen Bräutigams um Erlaubniß zu seiner beabsichtigten Heirath wiederholt erklärt,

Digitized by Google

daß es nicht einzuwilligen vermöge, bevor der früher verlangte Beweis geführt sey. Der Aufgabe habe das Bezirksgericht S. schon 1824 entsprochen, es fehle nur noch die eidliche Vernehmung der im Bezirk von O. befindlichen Zeugen. Das Oberamtsgericht werde hiemit amtlich ersucht, die Zeugen eidlich zu vernehmen und das Ergebniß mitzutheilen. Das Oberamtsgericht O. fragte nun bei dem betreffenden Ehegericht an, worauf die Sache von Neuem in Angriff genommen wurde.

Hier wurde folgendes geltend gemacht: Es sey klar, daß die katholische Behörde nicht im Stande sey, auf das vorliegende Erlaubnißgesuch zu resolviren, ohne zuerst über die Gilligkeit der zwischen zwei Protestanten eingegangenen Ehe ein — wenn nicht formelles, doch materielles Urtheil zu fällen. Zwar fehle es nicht an einem illustren Beispiel in Württemberg. Als der katholische Herzog Karl Eugen (1737—1793) die protestantische Baronin v. Leutrum, geb. v. Bernardin, nachmalige Herzogin Franziska, 1780 geheirathet, die von ihrem Ehemann ehegerichtlich geschieden worden, habe er als Katholik die Erlaubniß von Rom einholen lassen, welche der Papst nicht eher ertheilt, bis er von den Beweisen, daß die erste Ehe der Baronin v. Leutrum erzwungen, mithin nichtig gewesen, selbst Cognition genommen gehabt. Dieses Beispiel könne jedoch wegen der Beschaffenheit der Personen hier nicht in Anschlag kommen. Auch ginge es nicht an, daß das Ehegericht dießfalls die früher ausgesprochenen Grundsätze änderte. Allein eine ganz andere Frage sey es, ob das Ehegericht nicht die Beweise von dem Zwang selbst einziehen und darnach urtheilen sollte, ob diese Beweise hinreichen, um eine Nichtigkeit daraus herleiten zu können, so daß, wenn die Braut diese Beweise zur Zeit ihrer Ehescheidung vorgebracht hätte, die Ehe nicht dissolvirt, sondern annullirt worden wäre. Man habe zwar früher die Bedenklichkeit gehabt, daß das protestantische Ehegericht unmöglich jetzt erst die Ungiltigkeit einer längst dissolvirten Ehe aussprechen könne. Man müsse jedoch die Tendenz be-

Digitized by Google

denken, in welcher diese Nichtigkeitserklärung geschehen würde. Nicht würde dadurch die schon aufgelöste Ehe als fortbestehend angenommen, und jetzt erst für nichtig erklärt, sondern es würde blos dadurch der katholischen Behörde vorgearbeitet, um ihre Resolution nach dem, was das protestantische Ehegericht faktisch als richtig anerkannt habe, fassen zu können. Würde bei diesem Selbsthandeln des Ehegerichts der Zwang nicht hinreichend erwiesen erkannt, so würde dieß der katholischen Behörde ohne Weiteres erklärt. Würde hingegen der Beweis des Zwanges für hinreichend angenommen, so würde ihr dieß auf gleiche Weise etwa unter Beifügung von Entscheidungsgründen zu erkennen gegeben. Alles würde ex officio behandelt, eine Sentenz würde nicht gefällt, das Resultat dem K. katholischen Kirchenrath blos mit einer Note bekannt gemacht — dennoch würde es als eine gerichtliche Handlung anzusehen seyn. Die Rechtsgleichheit beider Religionstheile erlaube es nicht, daß das Ehegericht dem andern Theil seine Grundsätze aufdränge; eben so wenig werde dem katholischen Theile ein Urtheil über eine rein protestantische Ehe gestattet. Auf diesem Wege scheine den Bedenklichkeiten von beiden Seiten geholfen zu werden.

Von einer andern in der Sache thätig gewordenen Behörde wurde die Sache dahin aufgefaßt: Es sey unzweifelhaft, daß es zunächst in dem vorliegenden Falle sich nicht von einer Nichtigkeitserklärung einer von dem protestantischen Ehegericht längst ex quasi desertionis capite rechtskräftig geschiedenen Ehe zweier Protestanten handle, sondern nur um die Erhebung einer Thatsache, deren das Generalvikariat bedürfe, um nach den Grundsätzen der katholischen Kirche die zur Ehe eines seiner Glaubensgenossen nöthige Erlaubniß begründen zu können, nemlich um den Beweis des Zwangs, zu thun sey. Das Generalvikariat könne nach seinen Grundsätzen die fragliche Ehe nur dann erlauben, wenn die erste Ehe der Braut von Anfang an nichtig gewesen sey. Nun sey es aber gewiß, daß durch die Verweigerung des Einzugs des Beweises der Nichtigkeit von Seiten der zuständigen Behörden dem General-

Digitized by Google

vikariat die Cognition hinsichtlich des behaupteten Zwangs, folglich auch die Ertheilung der davon abhängigen Erlaubniß unmöglich gemacht und hiedurch dem Grundsatze der Rechtsgleichheit beider Kirchen entgegengehandelt würde; das Ehegericht könne, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu gerathen, diesfalls eine Verfügung treffen, da durch die Beweisaufnahme der katholischen Behörde kein Recht zu einem Urtheil über die Giltigkeit des ehegerichtlichen Scheidungserkenntnisses eingeräumt würde; und, abgesehen von der hier obwaltenden Verschiedenheit der Religionsbekenntnisse, ein geschiedener Ehegatte nach Umständen und unter Nachweisung eines besonderen rechtlichen Interesse eine nachträgliche Nichtigkeitserklärung der für bestehend angenommenen, blos getrennten Ehe wohl mit Grund anrufen könnte *).

*) Anm. d. Herausg. Die hier ausgeführte Reflexion enthält wohl die ganz richtige Beurtheilung des allerdings durch das ursprünglich unrichtige, oder wenigstens zweideutige Petitum der Braut verwickelt gewordenen Falls. Derselbe läßt sich ganz einfach dahin auffassen: Das Verlangen um Zeugenvernehmung bezog sich entweder auf die früher bereits durch Scheidung getrennte Ehe, oder auf die neue, erst zu schließende Ehe. In ersterer Beziehung war es auf Annullirung gerichtet, und es war die Frage nur die: hat das Ehegericht diesem Antrag zu entsprechen, was lediglich im Wege einer Restitution gegen das erste Scheidungserkenntniß geschehen könnte und davon abhing, ob eine solche Restitution, etwa analog der restitutio ex capite novorum im Civil- und Kriminalverfahren, überhaupt nach den Ehegesetzen zulässig sey und ob die Bedingungen hiezu vorhanden seyen. Bezog sich der Antrag auf die neu zu schließende Ehe, so war er lediglich auf eine Beweisaufnahme für die, der katholischen Kirchenbehörde unzweifelhaft zustehende Cognition über die Zulässigkeit der beabsichtigten Heirath des katholischen sponsus anzusehen. Eine solche Beweisaufnahme und Cognition tangirte die vom protestantischen Ehegericht geschiedene Ehe und das diesfalls ausgesprochene Scheidungserkenntniß entfernt nicht; sie tritt dem Letzteren so wenig nahe, als das Erkenntniß eines Civilgerichts in Sachen A. gegen C. über Ungiltigkeit eines Vertrags, welcher früher in einem Rechtsstreit des B. gegen A. durch Erkenntniß eines andern Gerichts als giltig erklärt wurde. Eine solche Beweisaufnahme ist dann lediglich Theil des für die Cognition der katholischen Kirchenbehörde über die Verheirathung des

Digitized by Google

Dem Oberamtsgericht O. wurde aber auf seinen in der Sache an den betreffenden ehegerichtlichen Senat erstatteten Bericht vom 30. November 1825 zu erkennen gegeben, wie man zwar der Vernehmung der von der Bittstellerin vorgeschlagenen Zeugen zu dem angegebenen Zweck nicht entgegen sey, daß man aber, da die Sache die Kompetenz des ehegerichtlichen Senats nicht berühre, alles Weitere lediglich dem Oberamtsgericht überlassen haben wolle.

Unterm 3. September 1827 theilte das katholische Dekanatamt dem betreffenden Bezirksamt mit: da der von der Braut gelieferte Beweis des Zwangs von dem Generalvikariat als giltig angenommen worden sey, so stehe nun der Verehelichung des Y. mit der ꝛc. in kirchlicher Beziehung nichts mehr im Wege.

---

8) Bemerkungen über Geschäftsbehandlung und dießfällige Einrichtungen in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Verwaltung.

(Von dem Herausgeber.)

Gesetze, Instruktionen und Doktrin in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Verwaltung bestimmen zwar wohl mehr oder weniger genau und vollständig, was bei den vorzunehmenden Akten nach den bezüglichen Verhältnissen zu geschehen hat, und wie es geschehen soll; darüber aber, wie diese Bestimmungen auf den einzelnen Fall, zumal bei vor-

---

katholischen sponsus nöthigen Verfahrens und es konnte entweder eine jede zur Sache legitimirte Parthie die betreffende ehegerichtliche Behörde um Vornahme derselben bitten, oder auch die katholische Kirchenbehörde diesfalls eine Requisition ergehen lassen. Der Requisition zu entsprechen, konnte nach Obigem in keinem Fall Anstand finden; die Genehmigung einer Bitte der Parthie war aber, da sie nach allen Beziehungen motivirt und unbeanstandet war, eben so wenig einem Bedenken unterworfen. Die endliche Entscheidung hat auch in der Form den richtigen Weg eingehalten.

Sy.

Digitized by Google

kommenden Kombinationen und Verwickelungen anzuwenden seyen, wie insbesondere Anstände beseitigt und Fehler vermieden werden können, welche besondere Einrichtungen zu Erreichung der vorgesteckten Zwecke getroffen werden mögen — darüber geben sie in der Regel wenig an die Hand. Ehemals haben sich alte Praktiker damit abgegeben, ihre Erfahrungen und Reflexionen zu solchem Zweck mitzutheilen; gegenwärtig findet man solches selten, und, wo es geschieht, wie z. B. in den übrigens höchst verdienstlichen Werken von Puchta:

Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in nichtstreitigen Rechtssachen. 1821.

Entwurf einer Ordnung des Verfahrens in Gegenständen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. 1824.

da wird immer die theoretische Richtung und Darstellung vorherrschend; mit einfacher Entwickelung von bloßen Handgriffen der Geschäftsführung gibt sich nicht leicht mehr Jemand ab. Es ist dieß ein Mangel, der besonders jüngeren Geschäftsleuten fühlbar wird *).

*) Es wurde viel über Werke, wie „Schwesers kluger Beamte" gespottet. Es ist richtig, daß solche Bücher viel Abgeschmacktes hatten, und sie mußten sich natürlich überleben; aber das wird Jeder, welcher die ältere Geschäftsbehandlung kennen gelernt hat, bestätigen, daß zur Zeit, wo noch jene verspotteten Anleitungen benützt wurden, eine Ungenauigkeit und Unzweckmäßigkeit in der Behandlung der in Frage stehenden Geschäfte, wie man gegenwärtig gar häufig begegnet, äußerst selten zu finden war. Man hat dieß in Württemberg der neuen Organisation unseres Schreibereiwesens zugeschrieben, wonach die vielseitige praktische Ausbildung in der Geschäftsführung nicht mehr möglich werde, wie früher, als noch Stadt- und Amtsschreibereien bestanden, bei welchen man in allen Geschäften der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Verwaltung, ja selbst in gerichtlichen Sachen eine ausgezeichnete Geschäftsgewandtheit erlangen konnte. Es ist dieß an sich richtig, aber man darf nicht verschweigen, daß noch das Uebel hinzukommt, daß junge Geschäftsleute weit mehr zu Nachlässigkeiten und Irregularitäten inkliniren, als früher, was freilich vielfach eine Folge der ungehörigen Eile und Leichtfertigkeit ist, wozu sie von anderer Seite her, besonders den Parthieen selbst, getrieben werden.

Digitized by Google

Es soll nun in unserer Zeitschrift eine Reihe von Bemerkungen über Geschäftsbehandlung und Geschäftseinrichtungen folgen, welche auf nichts weiter Anspruch machen, als daß hiemit Anstände und Gebrechen, welche in der Praxis bemerkbar werden, bezeichnet und Winke zu deren Vermeidung und Beseitigung gegeben werden. Diese Bemerkungen werden bald die freiwillige Gerichtsbarkeit, bald die Verwaltung zum nächsten Gegenstand haben, meist aber beiden Fächern, welche gerade in Beziehung auf Geschäftsbehandlung sehr viele Analogieen und Berührungspunkte darbieten, gelten. Eine bestimmte Ordnung kann hiebei nicht eingehalten werden; denn es soll hier immer nur das nächste praktische Bedürfniß entscheiden, zumal da zu hoffen ist, daß, wie dieß schon bei der ersten Folge dieser Zeitschrift der Fall war, auch Andere, welchen ein solches Bedürfniß aufstoßt, hievon zu Mittheilung ihrer Bemerkungen Anlaß nehmen werden.

Erster Artikel.

Ueber Beurkundungen, insbesondere einfache Beglaubigungen (von Abschriften und Unterschriften) Zeugnisse und Certifikate und Protokolle.

Die wesentlichen Zwecke von Beurkundungen sind theils Konstatirung der zu beurkundenden Thatsachen und Verhältnisse zur Kenntniß Anderer und Erhaltung des Andenkens und Beweises für künftige Zeit, theils formelle Herstellung öffentlichen Glaubens hierüber. Hieraus ergeben sich die allgemeinen Erfordernisse und Regeln, welche bei solchen Beurkundungen zu beachten sind, so sehr von selbst, daß man denken sollte, es wäre hierüber kein Wort zu verlieren. Allein selbst bezüglich der ersten und natürlichsten dieser Erfordernisse — Klarheit, Bestimmtheit und Vollständigkeit finden sich die auffallendsten Defekte. Genaue Angabe von Zeit und Ortsverhältnissen ist bei jeder Beurkundung von Wichtigkeit; nicht bloß bezüglich der den Inhalt der Beurkundung bildenden Thatsachen und Verhältnisse, sondern auch bezüglich des Beglaubigungsakts selbst. Selbst die einfache Beglaubigung

Digitized by Google

einer Abschrift und ebenso einer Unterschrift sollte stets Zeit und Ort des Beglaubigungsakts enthalten. Es kann dieß von Interesse werden — bei Beglaubigung der Abschrift eines Vertrags, wenn diesem Vertrag nachträglich Zusätze beigefügt wurden; bei Beglaubigung einer Unterschrift, wenn später Zweifel über die Gleichzeitigkeit der Vollziehung der Unterschrift und des Beglaubigungsakts und aus diesem oder anderen Gründen über die Echtheit der Unterschrift erhoben werden u. dergl. Noch wichtiger ist dieß bei Protokollen und doch findet man selbst hier gar häufig den unverzeihlichen, selbst die Autorität des ganzen Protokolls gefährdenden Mangel, daß Protokolle über Verhandlungen, welche an verschiedenen Tagen, selbst in Zwischenräumen stattgefunden haben, bloß mit einem Datum oder etwa einem sogenannten unterzogenen Datum versehen sind. Weiter ist zu bemerken, daß besonders auf Vermeidung möglicher Mißverständnisse und zwar nicht bloß direkter, bezüglich der Bedeutung und des Umfangs, sondern auch bezüglich etwaiger Schlüsse, welche aus der Beurkundung gezogen werden könnten, Bedacht genom werde. Auch dieß kann selbst bei bloßer Beglaubigung von Abschriften und Unterschriften zutreffen. Eine Abschrift eines Vertrags darf, wenigstens von einer amtlichen Behörde, nicht ohne aufklärende Bemerkung beglaubigt werden, wenn derselben bekannt ist, daß ein Nachtrag zu diesem Vertrag oder gar ein denselben aufhebender anderer Vertrag vorliegt. Denn es könnte mit einer solchen Abschrift ein Mißbrauch getrieben werden, welchem vorzubeugen Pflicht der beglaubigenden Behörde ist. Ebenso darf die Unterschrift eines Minderjährigen nicht ohne Bemerkung beglaubigt werden, wenn die Volljährigkeit des Subskribenten möglicherweise von Erheblichkeit seyn kann u. s. w. Noch weniger darf durch eine solche Beglaubigung einer wirklichen Täuschung indirekter Vorschub geleistet werden, z. B. wenn die Urkunde Thatsachen enthält, welche dem Beglaubiger als unwahr bekannt sind. Eine fernere allgemeine Regel von großer Wichtigkeit, die gar häufig versäumt wird, ist, daß Beurkundungen in einer Weise ertheilt

Digitized by Google

werden, daß ersichtlich wird, ob sie auf eigener Wahrnehmung des Beurkundenden oder Traditionen Anderer beruhen, oder ob und welchen urkundlichen Quellen sie entnommen sind, endlich, ob sie auf Reflexionen, Urtheilen und Schlüssen aus gewissen Prämissen beruhen und in den letztgedachten Fällen muß wenigstens angedeutet werden, auf welchem Weg, durch welche Prämissen der Beurkundende zu dem beurkundeten Resultat gelangte. Dieß wird in einzelnen Beziehungen hienach näher gezeigt werden.

Von besonderem Werth ist, daß die Beurkundungen mit äußeren Formen, z. B. Siegeln u. dergl. versehen werden, welche geeignet sind, den öffentlichen Glauben zu verstärken und insbesondere Mißbräuchen durch Fälschung u. dergl. vorzubeugen. Die Aufstellung und Ausführung solcher Förmlichkeiten hängt allerdings in der Regel nicht von den betreffenden Behörden und Personen ab, sondern muß durch höhere Anordnungen bestimmt werden *). Wie bei Geschäftssachen überhaupt, so kann auch hier die Anwendung von Formularen, welche sich Jeder selbst mit Rücksicht auf die gewöhnlichen Fälle und die hiebei nach Erfahrungen leicht sich ergebenden

*) So sollten Siegelungen mit Siegellack und Oblaten bei öffentlichen Behörden nicht vorkommen, da sie erfahrungsgemäß sehr leicht gefälscht werden können (wie sich in Württemberg durch eine Kriminalunterfuchung wegen Betrugs mit falschen Pfandscheinen, welche mit abgeschnittenen, wieder geschickt aufgeklebten derartigen Siegeln versehen wurden, ergeben hat), sondern es sollten Siegel, welche in das Papier eingepreßt werden, oder wenigstens geschwärzte Druckfiegel gebraucht werden. Stempelpapier oder Papier mit Wasserzeichen, mit Jahreszahlen versehen, welches bloß den zu Herstellung öffentlicher Urkunden ermächtigten Behörden und Beamten (namentlich auch den Unterpfandsbehörden) von der Staatsbehörde ausgefolgt wird, geben sehr wirksame Garantieen gegen Fälschungen und Mißbräuche. Solche anscheinend sehr unbedeutende Förmlichkeiten sind im Ganzen von dem größten Werth. Es wird hiedurch nach und nach eine gewisse öffentliche Autorität für wichtigere Akte hergestellt, welche besonders dem in Geschäften unerfahrenen und der Hintergehung ausgesetzten Theile des Volkes trefflich zu statten kommt.

Digitized by Google

Anstände fertigen kann, gute Dienste leisten, namentlich bei Zeugnissen und Protokollen. Solche Formulare haben hauptsächlich den Werth, daß sie die Beobachtung der bezüglichen Vorschriften und Rücksichten erleichtern, der Geschäftsbehandlung eine gewisse Stetigkeit und Gleichförmigkeit in formeller und materieller Beziehung geben, namentlich einen schnelleren und genaueren Ueberblick und zweckmäßigere Behandlung der vorliegenden Aufgabe. Im Besonderen mag sodann Folgendes bemerkt werden:

Bei Beglaubigung von Abschriften wird häufig mit großer Sorglosigkeit verfahren; die von unzuverlässigen Skribenten gefertigten Abschriften werden oft auf bloße Ansicht hin, ohne sie gehörig zu kollationiren, beglaubigt; besonders wird auf die Interpunktionen nicht gehörig gesehen, während dieser Punkt ganz entscheidend für den Sinn werden kann *). Die Beglaubigung von bloßen Auszügen erfordert besondere Umsicht. Sie müssen, wenn Mißverständnisse und Mißbräuche vermieden werden sollen, immer eine dem Zweck, zu dem sie dienen sollen, entsprechende Vollständigkeit mit dem gehörigen Zusammenhang erhalten, und dieß ist oft schwer zu bewerkstelligen. Die Vorsicht erfordert es daher, in Fällen, wo Mißverständnisse denkbar sind, den Inhalt der nicht ausgezogenen Stellen der Originalurkunde kurz anzudeuten **). So z. B. ist bei einem Auszug aus einem Kaufvertrag zum Zweck

*) Die bekannte Anekdote von der Abstimmung bei einem Todesurtheil: si omnes consentiunt ego non dissentio, welche der Abstimmende später damit rechtfertigte, daß er gestimmt habe: si omnes consentiunt, ego non, dissentio, hat erst vor Kurzem in einer telegraphischen Depesche in der Neuenburger Sache ein merkwürdiges Seitenstück erhalten, indem ein in derselben fehlendes Komma einen verkehrten Sinn gab, wodurch die Börsen nicht wenig allarmirt wurden.

**) Die obigen Rücksichten sind es hauptsächlich, weßhalb man sich bei dem gerichtlichen Verfahren mit bloßen beglaubigten Abschriften in der Regel nicht begnügt, sondern auf Vorlegung der Originale hält, was in vielen Fällen wohl umgangen werden könnte und würde, wenn man sich besser auf Abschriften und Auszüge verlassen könnte.

Digitized by Google

der Beglaubigung des Kaufpreises der weiteren, häufig unter den speziellen Bedingungen begriffenen Bestimmungen, welche auf den Kaufpreis von Einfluß seyn konnten, wenigstens allgemeine Erwähnung zu thun.

Was die Beglaubigung von Unterschriften betrifft, so wird es in der Regel mit der Ueberzeugung von der Aechtheit derselben sehr leicht genommen. Eine unumstößliche Ueberzeugung kann nur dann vorhanden seyn, wenn die Unterschrift in Gegenwart des Beglaubigers vollzogen wird; denn Fälschungen können so täuschend seyn, daß oft selbst der, dessen Unterschrift gefälscht ist, diese für ächt hält. Es treten überhaupt — abgesehen von unlautern Absichten — manche Fälle ein, wodurch die Beglaubigung einer Unterschrift ohne unmittelbare Konstatirung ihrer Aechtheit Anfechtungen erleiden kann; es kann sogar geschehen, daß wirklich ächte, vielleicht durch einen Zufall etwas unähnlich ausgefallene Unterschriften später beanstandet werden. Es ist nun aber nicht zu läugnen, daß es zu einer unerträglichen Belästigung führen müßte, wenn nur solche Unterschriften beglaubigt werden wollten, welche in Gegenwart des Beglaubigers vollzogen wurden. Es wäre hiemit die spätere Beglaubigung einer früher vollzogenen Unterschrift ganz ausgeschlossen, während solche in manchen Fällen kaum zu entbehren ist. Nach der württembergischen Pfandgesetzgebung werden die Pfandscheine von wenigstens fünf Mitgliedern der Unterpfandsbehörde unterschrieben und gewöhnlich die Beglaubigung dieser Unterschriften durch das Bezirksgericht verlangt; natürlich ist es aber unausführbar, daß die Unterschriften der ferne wohnenden Mitglieder der Unterpfandsbehörde in Gegenwart des Oberamtsrichters vollzogen werden. Es ist aber von großer Wichtigkeit für den Pfandgläubiger, die bezirksgerichtliche Beglaubigung seines Pfandscheins erlangen zu können. Aus vorstehenden Gründen erscheint es als räthlich, da, wo die Unterschrift in Gegenwart des Beglaubigers vollzogen wurde, solches ausdrücklich zu bemerken, in andern Fällen aber die Beglaubigung in einer Form zu ertheilen, aus welcher zu

Digitized by Google

erkennen ist, worauf die Ueberzeugung des Beglaubigers ruht; z. B. bei einer Urkunde, wo die Unterschrift erst später beglaubigt wird, dahin, daß dieselbe von dem Subskribenten zur Beglaubigung vorgelegt und als ächt erklärt worden sey; oder: daß die Aechtheit der Unterschrift durch Schriftvergleichung geprüft und unverdächtig gefunden worden sey; oder mit der bloßen Bemerkung: „gesehen". Auf solche Weise wird jedenfalls der Vorwurf einer Täuschung oder Irreleitung beseitigt, die Bedeutung und der Grad der Sicherheit der Beglaubigung Jedem erkennbar und dabei immerhin der Zweck in den meisten Fällen erreicht, weil es nicht leicht vorkommen wird, daß eine auch nur in dieser Weise beglaubigte Unterschrift dennoch falsch wäre oder später muthwillig abgeleugnet würde. So namentlich bei Pfandscheinen. Hier kam es schon häufig vor, daß Gläubiger durch gefälschte Unterschriften der Unterpfandsbehörde getäuscht und die betreffenden Darleiher bald auf diese, bald auf jene Weise betrogen wurden. Dieß kann nicht leicht vorkommen, wenn das Bezirksgericht dem Pfandschein auch nur sein Visa beifügt; denn es wird Niemand wagen, dem Bezirksgericht einen gefälschten Pfandschein zur Beglaubigung vorzulegen und einen Betrug unter dessen Augen zu verüben.

Bei Zeugnissen und Certifikaten, selbst wenn sie bloß Beurkundungen einfacher notorischer oder urkundlich festgestellter Thatsachen sind, z. B. die Eigenschaft der Volljährigkeit, den Besitz eines Bürgerrechts ꝛc. betreffen, sind die oben angedeuteten Rücksichten auf Präzision ꝛc. zu nehmen; so z. B. daß bemerkt wird, ob die Volljährigkeitseigenschaft durch das natürliche Alter von 25 Jahren oder Dispensation, das Bürgerrecht durch Geburt oder durch sonstigen Erwerbtitel erlangt ist; denn es kann dieß je nach dem Zweck, zu dem das Zeugniß verwendet wird, z. B. bei der Beurtheilung ausländischer Behörden, von Erheblichkeit werden. Besondere Vorsicht wird aber nöthig bei solchen Zeugnissen, welche Resultate von kombinirten thatsächlichen Momenten, Urtheilen, Schlüssen sind. Hieher gehören insbesondere Vermögens- und Zahlungs-

Digitized by Google

tüchtigkeitszeugnisse, welche bekanntlich den Ausstellern bei privatrechtlichen wie bei öffentlichrechtlichen Verhältnissen (z. B. Bürgerannahmen) Verantwortlichkeit und Ersatzpflicht zuziehen können. Dieselben stützen sich in der Regel auf Reflexionen, Urtheile und Schlüsse, wenn gleich in den meisten Fällen bloß in einfachen Werthsschätzungen und Rechnungsresultaten bestehend. Setzen wir, daß Jemanden ein Vermögenszeugniß auszustellen ist, der 100 fl. an Fahrniß, 400 fl. an Aktivforderungen, 2000 fl. an Liegenschaften besitzt, dagegen im Pfandbuch eingetragene Schulden 1000 fl. und sonst bekannte Schulden 500 fl. hat, so sollte ihm nicht einfach und apodiktisch ein reines Vermögen von 1000 fl. bezeugt werden; denn es kann sich ereignen, daß, wenn ganz kurze Zeit darauf ein Vermögensangriff erfolgt, die Aktiven sich als uneinbringlich ergeben, die Fahrniß und Liegenschaften bloß um 1500 fl. verkauft werden können, und noch 500 fl. Schulden herauskommen, welche die Aussteller des Vermögenszeugnisses nicht kannten, sonach statt des bezeugten reinen Vermögens von 1000 fl. ein Defizit von 500 fl. vorhanden ist. Haben die Aussteller des Vermögenszeugnisses die einzelnen Prämissen angeführt, wie sie oben angegeben sind, so trifft sie keine Verantwortung, wenn ihnen nicht der Vorwurf gemacht werden kann, daß sie bei den Taxationen pflichtwidrig verfahren, daß sie die Uneinbringlichkeit der Aktiven und das Vorhandenseyn weiterer Schulden gekannt haben, oder doch bei gehöriger Sorgfalt hätten erheben können, und es kann auch diesen Vorwürfen bis zu einem gewissen Grad vorgebeugt werden, wenn die einzelnen Prämissen mit der gehörigen Vorsicht angeführt werden, so z. B.: — Aktiven in älteren und neueren Waaren- und Arbeitsverdienstforderungen bestehend — Schulden, außer den unterpfändlich versicherten, soweit solche aus einem vorangegangenen Zubringens-Theilungs-Inventar oder dem Schuldklagprotokoll u. dgl. haben erhoben werden können; oder — nach Angabe des Schuldners. Haben sie einfach ein reines Vermögen von 1000 fl. bezeugt, so wird ihr Stand ein schwieriger, und dieß noch in höherem Grade

Digitized by Google

der Fall seyn, wenn sie ein allgemeines positives Zahlungstüchtigkeitszeugniß ausgestellt, z. B. bei einer Intercession erklärt haben, daß der Intercedent die übernommene Verbindlichkeit zu erfüllen im Stande sey. Sie werden in diesen Fällen häufig Gefahr laufen, die Beweispflicht übernehmen zu sollen; man wird gegen sie geltend machen, daß die Unrichtigkeit ihres Zeugnisses thatsächlich durch die sofort emergirte Insolvenz dargethan sey, daß man auf ihr allgemeines Zeugniß ohne Bedenken und weitere Prüfung habe vertrauen können und müssen, daß schon das eine grobe Verschuldung der Magistratur involvire, wenn sie den Betheiligten durch einen derartigen positiven Ausspruch inducire, zu kreditiren; daß ein allgemeiner Ausspruch über Zahlungstüchtigkeit einem Indemnitätsversprechen, einer Haftungsübernahme gleich komme und dergleichen.

Was endlich die Protokolle betrifft, so haben solche außer dem Zweck der Beurkundung in der Regel noch eine weitere Beziehung — daß sie zugleich die Grundlage für die Verhandlung der Parthieenangelegenheiten bilden. Es stehen jedoch beide Seiten in so enger Verbindung miteinander, und es sind die praktischen Rücksichten, welche auf das Element der Verhandlung zu nehmen sind, so wichtig, daß unsere Erörterung beide Seiten in das Auge zu fassen hat.

(Fortsetzung folgt.)

II.

Literarische Mittheilungen.

1) Das königl. sächsische und das thüringische Strafrecht. Ein Handbuch von Dr. Karl Georg v. Wächter. 1. und 2. Lieferung. Stuttgart. Verlag der Metzler'schen Buchhandlung. 1857.

Mit dieser Schrift hat der Verfasser nach längerem Zwischenraum seine schriftstellerische Thätigkeit demjenigen Fache der Rechtswissenschaft wieder zugewendet, in welchem er schon in den Jahren 1825 und 1826 durch seine erste größere Arbeit das Anrecht auf die Stelle, die er jetzt unter den deutschen Rechtsgelehrten einnimmt, sich erworben hat. Seitdem haben

Digitized by Google

vornämlich wir praktische Juristen ihn als denjenigen Rechtslehrer hochschätzen gelernt, welcher es vor Allen versteht, die Wissenschaft mit der Praxis zu vermitteln. Welch' großen Einfluß derselbe durch sein Lehrbuch des römisch-deutschen Strafrechts und seine akademischen Vorlesungen über das Strafrecht auf die württembergische Praxis, und eben dadurch, sowie durch seine unmittelbare Theilnahme an den ständischen Berathungen über das württembergische Strafgesetzbuch von 1839, auf dessen Inhalt ausgeübt hat, ist bekannt. Und noch heute greifen wir gerne zu den so klaren und reichhaltigen Diktaten unseres früheren Lehrers. — Um so größeren Anspruch auf eine vorzugsweise Beachtung, insbesondere auch in Württemberg, hat dieses neue Buch v. Wächter's, wenn dasselbe auch nicht, wie wir wohl wünschen möchten, das inländische Partikularrecht zum Gegenstande hat. — Zwar kann es nicht in der Aufgabe des Praktikers liegen, sich mit den vielerlei deutschen Strafgesetzgebungen vertraut zu machen; vielmehr würde ein solches Bemühen, statt zu fördern, häufig nur zu oberflächlicher Vielwisserei führen. Dagegen ist es auch an dem Praktiker tadelnswerth, vor Allem, was außerhalb der Grenzen seiner Partikulargesetzgebung vorgeht, die Augen zu verschließen. Hervorragende wissenschaftliche Werke über deutsche Strafgesetzbücher sollen deutsches Gemeingut seyn. Dessen nicht zu gedenken, daß das Studium solcher Werke den für eine tüchtige Rechtspflege nöthigen wissenschaftlichen Sinn überhaupt rege zu erhalten und Nacheiferung zu wecken geeignet ist — zumal wenn wie derzeit in Württemberg die wissenschaftliche Fortentwicklung des eigenen Partikularstrafrechts in's Stocken gerathen ist, so läßt sich aus denselben in Betreff der Gesetzesauslegung im Allgemeinen sowohl als der Interpretation einzelner verschiedenen Gesetzbüchern gemeinsamer Bestimmungen, sowie der wissenschaftlichen Entwicklung einzelner Lehren, welche in diesem und jenem Gesetzbuch gleich behandelt sind, erheblicher Gewinn ziehen, ein Gewinn, welcher zwar in der Regel nur ein formeller und mittelbarer ist, aber dann auch ein unmittelbar praktischer werden kann, wenn sich nach-

Digitized by Google

weisen läßt, daß das eine Gesetzbuch auf den Inhalt des andern Einfluß geübt hat. Bekanntlich ist aber das sächsische Kriminalgesetzbuch von 1838, auf welches, als die Grundlage des heutigen sächsischen Strafrechts und die noch heute in Altenburg geltende Gesetzgebung, die Wächter'sche Schrift überall zurückgreift, bei den ständischen Berathungen über das württembergische Gesetzbuch mehrfach benützt worden. — Da sodann unter denjenigen deutschen Staaten, welche während der letzten zwanzig Jahre zu Codifikation ihres Strafrechts geschritten sind, wiederum Sachsen es ist, das mit der Umgestaltung seines Strafkoder voranging, so bietet die Bearbeitung des neuen Gesetzbuches für Jeden, der den Fortschritt in der deutschen Strafgesetzgebung nicht ganz unbeachtet lassen will, ein um so größeres Interesse, als v. Wächter häufig auf eine kritische Untersuchung des Inhalts der sächsischen Gesetzgebung einzugehen beabsichtigt. — Schließlich bedarf es keiner Auseinandersetzung, daß eine Bearbeitung in systematischer Form, wie sie v. Wächter unternommen hat, den in einem Strafgesetzbuch gelegenen Stoff dem ferner Stehenden um Vieles leichter zugänglich macht, als dieß bei Kommentaren der Fall ist. Der Verfasser hat schon im Jahr 1844 in seiner Abhandlung. „Gemeines Recht Deutschlands, insbesondere gemeines deutsches Strafrecht", seine Ansicht über die dermalige Aufgabe der deutschen Strafrechtswissenschaft im Allgemeinen und einer wissenschaftlichen Bearbeitung einzelner Partikularrechte insbesondere ausgesprochen. Indem er nun, dieser Ansicht getreu, in seinem Handbuch des sächsischen Strafrechts an das „sogenannte gemeine deutsche Strafrecht", als „der historisch philosophischen Einleitung in das Studium der einzelnen deutschen Partikularrechte" — sich anlehnt, wird dasselbe von ihm als bekannt vorausgesetzt, und bei jeder Lehre auf die drei neuesten Systeme des deutschen Strafrechts (von Heffter, Marezoll und Köstlin) verwiesen, und nur insoweit auf dessen Inhalt selbst eingegangen, als der Zusammenhang des Ganzen es erfordert, oder als es nöthig ist um eine Grundlage für die Entwicklung des sächsischen und

Digitized by Google

thüringischen Rechts oder einzelner auf dem Gebiet desselben zweifelhafter und bestrittener Fragen zu erhalten. Es wird sich gegen diese Methode nichts Erhebliches einwenden lassen, und nur der von Vielen getheilte Wunsch sey hier niedergelegt, daß der Verfasser in nicht zu ferner Zeit die nöthige Muse gewinnen möchte, durch Umarbeitung seines längst vergriffenen Lehrbuchs selbst eine Grundlage für das Studium und die Bearbeitung deutscher Partikularrechte zu schaffen. — Wenn sodann der Verfasser, wie schon bemerkt, seinen dogmatischen Erörterungen über das sächsische Strafrecht auch kritische Untersuchungen über den Gehalt dieser Gesetzgebung anfügt, und wie nach der oben erwähnten Abhandlung in Aussicht steht, den Bearbeitungen verwandter Partikularrechte angemessene Rücksicht schenkt, so entspricht sein Handbuch, welches übrigens zunächst auf den allgemeinen Theil sich beschränken wird, nach seiner Anlage allen Anforderungen, die sich an die Bearbeitung von partikularer Strafgesetzgebung stellen lassen.

In den bis jetzt erschienenen zwei Heften (der allgemeine Theil wird wohl 4 Lieferungen umfassen) gibt zuvörderst der Verfasser, indem er in längerer Einleitung den Gang der für die gemeine deutsche Praxis so bedeutungsvollen sächsischen Strafgesetzgebung darstellt, und sodann einen kurzen Ueberblick über die neuere Strafgesetzgebung einiger dem Königreich Sachsen benachbarten (Thüringischen) Staaten anreiht — einen interessanten Beitrag zur Geschichte des deutschen Strafrechts überhaupt. Dieser Einleitung zufolge sind es dreierlei, übrigens unter sich nicht verwandte Gesetzgebungen, welche zu entwickeln der Verfasser sich vorgesetzt hat: das neueste Strafrecht des Königreichs Sachsen, wie es durch das Strafgesetzbuch vom Jahr 1855 festgestellt wird; sodann das ältere sächsische und jetzt noch in Sachsen-Altenburg geltende Strafrecht, welchem das Kriminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen vom Jahr 1838 zu Grund liegt, und endlich das thüringische Strafrecht, welches in Sachsen-Weimar, Meiningen, Koburg und Gotha, Schwarzburg-Rudolstadt, Schwarzburg-Sonders-

Digitized by Google

hausen, Reuß jüngerer Linie, Anhalt-Dessau und Köthen durch die (auf das sächsische Kriminalgesetzbuch gebaute) Gesetzgebung der Jahre 1850—1852 begründet wurde. Uebergehend sodann zu der Entwicklung dieser dreierlei Strafrechte hat der Verfasser im ersten Abschnitt die Strafrechtstheorie und die einzelnen leitenden Grundsätze, von welchen die betreffenden Gesetzgebungen ausgehen, und im zweiten Abschnitt die Theorie der Strafrechtsnormen, d. h. die Rechtsgrundsätze über Entstehung und Aufhebung der Strafrechtsnormen, deren Ergänzung durch Analogie, Auslegung und Anwendung, endlich über das Herrschaftsgebiet derselben abgehandelt, und zwar das letztere nach der Zeit, nach Personen, und nach Ort und Richtung der Handlung. Indem hiebei insbesondere die Frage, ob und in wie weit nach sächsischem und thüringischem Recht ein Inländer, wenn er im Ausland Verbrechen verübt, nach inländischem Strafgesetz zu richten, und letzteres auch auf die Ausländer wegen im Inland oder Ausland verübter Verbrechen anzuwenden sey, — klar und erschöpfend entwickelt wird, tritt es recht deutlich vor die Augen, welch' bunte Verschiedenheit auf diesem an das Staats- und Völkerrecht angränzenden Felde in den verschiedenen deutschen Partikularrechten herrscht, und wie auch das sächsische Strafgesetzbuch — abgesehen von einigen nicht eben nachahmungswerthen Bestimmungen — von Anomalien und Lücken sich keineswegs freigehalten hat. Eine besondere Erörterung ist auch der Frage gewidmet, in wie weit nach sächsischem und thüringischem Recht politische Verbrechen gegen auswärtige Staaten zu bestrafen seyen. — Der dritte Abschnitt enthält die Lehre von den Strafen, welche Lehre der Verfasser derjenigen von den Verbrechen voranzustellen nach der Individualität des sächsischen Strafgesetzbuchs für angemessen erachtet hat. Im ersten Kapitel werden die Strafmittel abgehandelt, und es sind in Betreff dieses legislativ höchst wichtigen Theils der Strafgesetzgebung, vornemlich die da und dort eingestreuten kritischen und legislatorischen Bemerkungen zu beachten. Ueber das bezüglich der Einrichtung der Strafanstalten einzuschlagende System ist

Digitized by Google

man auch in Sachsen noch nicht zur Entscheidung gekommen. — Ein zweites Kapitel handelt von dem Verhältniß der Strafmittel zu einander, von der Art und Weise ihrer Verhängung im Gesetz, insbesondere in denjenigen Fällen, wo das Gesetz den Betrag der Strafe für ein Verbrechen alternativ in verschiedenen Strafarten und wiederum, wo es die Strafe in der Art festsetzt, daß sie in einer Quote einer an einem andern Ort angedrohten Strafe bestehen soll (Bruchtheilsstrafen). In einem vierten und fünften Abschnitt, welche den folgenden Lieferungen vorbehalten sind, werden die wissenschaftlich interessanteren Lehren vom Verbrechen und der Bestrafung zur Erörterung kommen.

---

2) Civil-Praktikum oder Anleitung zur Entscheidung von Civilrechtsstreichtsachen in Uebungsfällen, mit Anweisung zu deren Bearbeitung und mit Auflösung der Aufgaben. In vier getrennten Abtheilungen, mit zwei Situationsplänen. Von Obertribunalrath Sarwey in Stuttgart. Stuttgart und Augsburg J. G. Cotta'scher Verlag 1856.

Die große Schwierigkeit, sich für die praktischen Funktionen des juristischen Berufs, insbesondere die Bearbeitung von Rechtsfällen zu qualifiziren, der Umstand, daß fast überall die Hauptaufgabe bei den Dienstprüfungen der Rechtskandidaten in der Ausarbeitung von Rechtsfällen besteht, endlich die Rücksicht, daß es für eine gehörige Einübung in diese Aufgabe theils an entsprechender Gelegenheit fehlt, theils solche — wo sie auch gegeben ist — bei der Eile, mit der die Rechtskandidaten zum Schluß ihrer Bildungslaufbahn hingetrieben werden, häufig ganz oder zum Theil versäumt wird, — diese Umstände haben den Verfasser des vorstehenden Werkes veranlaßt, ein Mittel aufzusuchen, durch welches der Jurist, der die wesentlichen theoretischen Studien durchgemacht hat, in den Stand gesetzt werde, sich die in Frage stehende Einübung selbst und ohne weitere Anweisung und Nachhilfe zu verschaffen. Der für diesen Zweck eingeschlagene neue und eigenthümliche Weg besteht im Wesentlichen darin, daß dem Kandidaten das

Digitized by Google

— Originalakten entnommene — Material der von ihm zu bearbeitenden Uebungsfälle, theils in vollständigem Abdruck, theils in Auszügen vorgelegt, dazu eine in allgemeinen Andeutungen und Winken gehaltene Anleitung zur Bearbeitung an die Hand gegeben und endlich die theils durch die Entscheidungsgründe der betreffenden Gerichte, theils durch besondere Ausführungen dargestellte Auflösung der Uebungsfälle geliefert wird; hiezu kommt noch der allgemeine Theil, welcher begreift:

1) das zugleich die Anweisung über den Gebrauch des Werkes enthaltende Vorwort;
2) die Einleitung, welche eine kurze Charakteristik der Beziehungen der Bearbeitung von Rechtsfällen zu den Normen über Recht und Verfahren mit einer übersichtlichen Darstellung der in Württemberg geltenden Rechts- und Prozeßgesetzgebung gibt;
3) die allgemeinen Thesen, oder Sätze und Regeln allgemeinen Inhalts für den Handgebrauch bei Bearbeitung von Civilrechtsfällen.

Die ganze Oekonomie des Werkes dem Zweck der selbstthätigen Einübung entsprechend einzurichten, war überall die Hauptrücksicht. Demgemäß ist das Ganze in vier abgesonderte Abtheilungen zerlegt. Während der Kandidat das Aktenmaterial (2. Abtheilung) vornimmt, sollen ihm die erste und die dritte Abtheilung zur Seite liegen. In der ersten findet er eine Anzahl von Hilfsregeln und Sätzen über Bearbeitung von Rechtsfällen, besonders diesfällige praktische Handgriffe, welche ihm fast bei jedem Fall nöthig werden und daher, um häufige Wiederholungen zu vermeiden, besonders zusammengestellt wurden. Die dritte Abtheilung gibt ihm eine Anleitung zur Bearbeitung der vorliegenden einzelnen Fälle. Diese Anleitung ist absichtlich so allgemein wie möglich gehalten, sie enthält blos Andeutungen und Winke über den einzuschlagenden Weg, welche der Kandidat in der Regel erst verstehen und zu benützen im Stande seyn wird, wenn er sich bereits das Aktenmaterial zu eigen gemacht, und selbst über die Auf-

Digitized by Google

fassung und Beurtheilung der Sache nachgedacht haben wird, und auch dann wird hiedurch seiner eigenen Thätigkeit noch nicht vorgegriffen; er wird blos auf die Stelle geführt, wo er zu suchen hat, und die Richtung gezeigt, wie er finden kann. Die vierte Abtheilung, welche der Kandidat vor Vollendung seiner Arbeit gar nicht ansehen soll, liefert ihm sofort die nähere Belehrung über die Auflösung des Falls, theils durch die wörtlich mitgetheilten Entscheidungsgründe der Gerichte, welche über den Fall erkannt haben, theils durch nähere von dem Verfasser gegebene Ausführungen. Aber auch hier wieder ist der Kandidat hauptsächlich an seine eigene Thätigkeit verwiesen. Er erhält, was die Ausführungen des Verfassers betrifft, nicht sowohl prälektionenartige positive Entwicklungen und bestimmt aufgestellte Urtheile, als vielmehr frei raisonirende Betrachtungen, vorgeführte Rechtssätze, Fragen und Ansichten, welche weitere Forschungen und Reflexionen zulassen und in der Regel sogar nöthig machen. Die mitgetheilten Entscheidungsgründe haben ohnedies in der Regel keine didaktische Richtung und können für den Kandidaten nur dadurch Leben und Substanz erhalten, daß er sie mit dem Parthieenvorbringen und mit seiner eigenen Arbeit zusammenhält. So werden dem Kandidaten in dieser Abtheilung eigentlich mehr Apparate zur Lösung seiner Aufgabe, als eine in allen Theilen vollendete und fest abgegrenzte Lösung in die Hand gegeben. Bei der Auswahl der Uebungsfälle wurde vorzüglich darauf Bedacht genommen, Impuls und Gelegenheit zur Einübung für eine brauchbare Auffassung und Behandlung der faktischen und prozessualen Substrate und eine richtige Subsumtion zu geben, das Gebiet, in welchem sich die Uebungsarbeiten zu bewegen haben, möglichst weit auszustecken und den Kandidaten überall zu einem entschiedenen Vorgehen und einer vielseitigen Richtung hinzulenken. Es wurden deßwegen Appellationssachen — meist solche, welche drei Instanzen durchlaufen haben, — gewählt und Fälle ausgesucht, nach Umfang und Schwierigkeit verschieden und in den faktischen Grundlagen, in der prozessualen Entwicklung und bezüglich der rechtlichen Beur-

Digitized by Google

theilung jeder eine eigenthümliche Beschaffenheit darbietend. In der in dem allgemeinen Theil enthaltenen Darstellung der in Württemberg geltenden Rechts- und Prozeßgesetze werden die Eigenthümlichkeiten des württembergischen Rechts und Verfahrens in einer Weise dargestellt, daß man ein Bild theils von ganzen Lehren, z. B. dem Pfandrecht, dem Beweisverfahren, dem Kontumazialverfahren ꝛc., theils von den bemerkenswertheren Besonderheiten in den übrigen Lehren erhält.

Die hier zu findende Ausführung über Begrenzung der Civilprozeßsachen und Kompetenz der Gerichte gegenüber von Administrativrechtssachen und Administrativjustiz hat es sich zur Aufgabe gemacht, diese schwierige, besonders dem Anfänger ganz fremde Materie durch eine der Praxis entnommene Kasuistik und daran geknüpfte Demonstrationen zu beleuchten und Fingerzeige für eine richtige Behandlung einschlagender Fälle, wie deren einer auch unter den Uebungsfällen enthalten ist, zu geben.

Im Allgemeinen ist noch zu bemerken, daß zwar das Werk zunächst zu einer Uebungs- und Vorbereitungsschule für vorgerückte Studierende und Prüfungskandidaten bestimmt ist, daß jedoch dasselbe auch für Anfänger im praktischen Dienste und angehende Rechtsanwälte, welche sich bei ihrer Aufgabe bei jedem Schritt zugleich auf den Standpunkt des erkennenden Richters zu stellen haben, von Werth werden dürfte, da aus diesen Uebungsfällen eine klare Anschauung der bei dem Verfahren und Entscheiden von Rechtsfällen vorzunehmenden Operationen zu erlangen ist, was besonders bezüglich der weniger zugänglichen Appellationssachen für Manche erwünscht seyn mag. Endlich werden die in dem Werk enthaltenen Rechtsfälle vielleicht auch als Präjudikate einiges Interesse gewähren, da sie meist sehr praktische Materien und Fragen zum Gegenstand haben und bei der vollständigen Aktenmittheilung besonders für die Subsumtion mehr bieten, als in gewöhnlicher Weise dargestellte Rechtsfälle. Die Fälle, obgleich der Praxis der württembergischen Gerichte entnommen, stehen in der Hauptsache unter der Herrschaft des gemeinen Rechts

Digitized by Google

und Prozesses. Da wo die Eigenthümlichkeiten der württembergischen Gesetzgebung von Einfluß sind, dient theils die oben erwähnte allgemeine Darstellung des württembergischen Rechtswesens, theils sind die wenigen besonderen Bestimmungen, welche in Frage kommen, in wörtlichem Abdruck mitgetheilt. Es wird daher das Werk außerhalb Württembergs ebenso wie in Württemberg gebraucht werden können.

Das im Vorwort abgedruckte Urtheil von Dr. C. G. v. Wächter in Leipzig bestätigt, daß das Werk den in Vorstehendem bemerkten Zwecken entsprechen werde *).

---

3) Die Gesetze über Niederlassung und Verehelichung in den verschiedenen deutschen Staaten, nebst Kritik und Vorschlägen. Von E. Schübler, Rechtskonsulent in Stuttgart. Stuttgart, J. B. Müller's Verlagsbuchhandlung. 1855. (VIII. u. 200 S.)

Der Verfasser motivirt im Vorwort sein Unternehmen mit dem offen vorliegenden Bedürfniß einer solchen Sammlung und dem Umstand, daß die vorliegenden derartigen Schriften (Sammlung der Gemeindegesetze von Weiske und Gemeinde-Bürgerthum von Wernher, Darmstadt, 1838) antiquirt geworden seyen.

Die von ihm theils im Abdruck, theils auch in Zusammenstellungen überall im Wesentlichen nach dem Wortlaut mitgetheilte Sammlung enthält die Gesetze:

I. Des Königreichs Bayern [1]); II. des Königreichs Württemberg [2]); III. des Großherzogthums Baden [3]);

---

*) Eine weitere Mittheilung über das vorstehende Werk zu näherer Darlegung und Rechtfertigung der hier zu Grund gelegten Methode und des eingeschlagenen Wegs wird in einem späteren Heft folgen.

[1]) Gesetz, die Ansäßigmachung und Verehelichung betr. v. 1. Juli 1834, mit Ges. v. Jahr 1825, 11. Sept.; Ges., das Gewerbewesen betr. v. 11. Sept. 1825. [2]) Das Bürgerrechtsges. v. J. 1833 mit Aenderungen durch Gesetze v. 6. Juli 1849, v. 5. Mai 1852 u. v. Sept. 1853. [3]) Ueber die Rechte der Gemeindebürger v. 9.

Digitized by Google

IV. des Großherzogthums Hessen [4]); V. des Herzogthums Nassau [5]); VI. des Freistaats Frankfurt a. M.; VII. des Königreichs Preußen [6]); VIII. des Großherzogthums Sachsen-Weimar-Eisenach [7]); IX. des Königreichs Sachsen [8]); X. des Königreichs Hannover [9]); XI. des Kurfürstenthums Hessen [10]); XII. des Herzogthums Braunschweig [11]); XIII. des Kaiserstaats Oesterreich [12]).

Endlich im Nachtrag einen Auszug aus der revidirten Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen der preußischen Monarchie vom 30. Mai 1853.

Auf diese Sammlung folgt eine Abhandlung des Verfassers: Kritik und Vorschläge, nach der eigenen Bemerkung des Verfassers großentheils ein Auszug aus seiner Abhandlung über diesen Gegenstand in der deutschen Vierteljahrsschrift von 1854. Diese Abhandlung enthält statistisch belegte Vergleichungen verschiedener bezüglichen Grundlagen und Resultate und Vorschläge für die Verehelichungs- und Uebersiedlungsfrage, aus welchen der Verfasser eine grundrechtliche Einheit für ganz Deutschland hervorgehen zu sehen hofft. Die herrschende Idee hiebei ist „eine zweckmäßig ausgebildete Autonomie der Gemeindebehörden", gegründet im Wesentlichen auf

---

April 1851. [4]) Bürgerrechtsgesetz aus d. Gemeindeordnung v. 30. Juni 1821. [5]) Rechte der Gemeindebürger ꝛc. aus d. Gemeindeordnung v. 11. Dez. 1848 u. Ges. v. 3. April 1849, Abänderungen der Gewerbegesetze bet. [6]) Ges. üb. die Aufnahme neu anziehender Personen v. 31. Dez. 1842. Ges. üb. die Erwerbung der Eigenschaft als preuß. Unterthan. Bürgerrechtsgesetz aus der Gemeindeordnung für den preuß. Staat v. 11. März 1850; aus der Städteordnung von 1808; aus der revidirten Städteordnung v. 17. März 1831. [7]) Aus der Gemeindeordnung. [8]) Aus der Städteordnung v. J. 1832. Heimathgesetz v. 26. Nov. 1834. Landgemeindeordnung v. J. 1838. [9]) Aus der Städteordnung v. 1. Mai 1851. Gesetzsamml. 1851 S. 67 nebst Auszug aus d. Dominalordnung von 1827. [10]) Gemeindeordnung v. 23. Nov. 1834 mit Zusatz v. 1. Dez. 1853. Verordn. v. 22. Dez. 1853. [11]) Aus der revid. Städteordnung v. 19. März 1850. Aus der Landgemeindeordnung v. 19. März 1850. Ges. des Wohnortsrechts v. 23. Jan. 1852. [12]) Aus dem Patent v. 17. März 1849, Reichsgesetzblatt S. 205 ff.

Digitized by Google

das Prinzip, daß das fragliche Verhältniß durch bindende Lokalstatuten über die Bedingungen des Vermögens und der persönlichen Eigenschaften, auch zeitweisen Abschluß für gewisse Gewerbe wegen Uebersetzung, und durch Gemeindebehörden, in denen die Landwirthe und Gewerbetreibenden eine nothwendige gleichförmige Vertretung finden, wozu aber auch noch andere Elemente, Aerzte, Advokaten, Lehrer, Künstler und für die moralischen Eigenschaften sogar die kirchliche Ortsbehörde herbeigezogen werden, geordnet werden soll. Bei Ausführung dieses Systems soll ein Rekursrecht an die Staatsaufsichtsbehörden, jedoch mit bindender Kraft der Statuten stattfinden. Es ist ein formulirter Entwurf eines Verehelichungs- und Uebersiedlungsgesetzes beigefügt. So wie übrigens die Ausführung des Verfassers überhaupt nur die Grundzüge des von ihm aufgestellten Systems darlegt, und daher über Manches, so insbesondere die organische Gliederung der von ihm vorgeschlagenen Einrichtungen und ihre Handhabung kein genauer Einblick möglich ist, so kann auch der formulirte Entwurf nach der eigenen Andeutung des Verfassers nur als eine Art Typus gelten.

Eine Beurtheilung der Ansichten und Sätze des Verfassers liegt außerhalb der Grenzen dieses Berichts; nur das sey bemerkt, daß Berichterstatter in der vorliegenden Schrift einen neuen Beleg für seine längst gefaßte Ueberzeugung gewonnen hat, daß die Hauptaufgaben, um die es sich hiebei handelt, die Armenlast der Gemeinden und die Beschwerden der kleinen Gewerbe, durch Theorieen, Projekte und Gesetze nicht gelöst werden können, sondern es sich überall nur darum handeln kann, mehr oder weniger praktische Palliative aufzufinden, bis eine vollständige Umgestaltung der Verhältnisse eine nachhaltige Besserung der Zustände herbeiführen wird. Denn die Elementargründe des Uebels sind: Besitzlosigkeit, als Folge eines unläugbaren Mißverhältnisses der Bevölkerung zum Grund und Boden, Mangel an Arbeit in Folge der Herrschaft der mechanischen Arbeitskraft und Mißverhältniß der Bedingungen der Lebensexistenz zu den verfügbaren Mitteln, freilich vielfach

Digitized by Google

in Uebersteigerung der Ansprüche, Genußsucht und Arbeitsscheue begründet. Diese Elementargründe, welche, wenn auch periodisch und strichweise durch günstigere Konstellationen zurückgedrückt, doch immer drückend wiederkehren werden, lassen sich nicht heben; es kann hier nur eine sich von Innen heraus entwickelnde Veränderung der ganzen Richtung und der Bewegung aller Klassen der Gesellschaft Abhilfe bringen. Diese Veränderung wird auf demselben Weg hergestellt werden, auf dem die Uebel gebracht wurden. Besonders wird von der Dampfkraft eine Ausgleichung der meisten Mißverhältnisse zu hoffen seyn, wenn es (wie sich der Verfasser eines Aufsatzes in der deutschen Vierteljahrsschrift ausdrückt) hiemit einmal so weit gebracht ist, daß Menschen und Sachen zu jeder Zeit und an jeden Ort versetzt werden können, wie es das Bedürfniß erfordert.

---

4) Die Gemeindeordnung Württembergs und anderer deutschen Staaten. Von Ed. Schübler, Rechtskonsulenten und öffentlichen Notar. Stuttgart, Verlag von Paul Neff. 1856. (51 Seiten.)

In der Einleitung hebt der Verfasser einige eigenthümliche Bestimmungen der württembergischen Gemeindeordnung aus, hieran da und dort kurze kritische Bemerkungen knüpfend. Es wird vorzüglich gezeigt, daß die weite Ausdehnung der aktiven und passiven Wahlberechtigung zu Mißständen führe. Diesem Umstand hauptsächlich schreibt er zu, daß die hieraus resultirende geringe Befähigung der Gewählten eine weitausgedehnte Beaufsichtigung der Gemeindebehörden und insbesondere das Institut von Hilfsbeamten für eine Reihe von Geschäften zur nothwendigen Folge habe und kommt nach einer mit Beziehung auf verschiedene denselben obliegende Funktionen durchgeführten Darstellung auf das Resultat, daß die Zustände in Württemberg in dem Gemeindewesen dringend einer Abhilfe bedürfen, indem er insbesondere in den unmittelbaren Wahlen den Untergang der wahren Freiheit findet. Die thatsächlichen Prämissen des Verfassers werden schwer zu

Digitized by Google

widerlegen seyn; übrigens ist noch als Hauptübelstand hervorzuheben, daß für die größten Städte, wie für die kleinsten Dorfgemeinden die gleiche Gemeindegesetzgebung und im Wesentlichen auch der gleiche Organismus besteht, — ein Uebelstand, der gerade in Württemberg um deßwillen ganz besonders nachtheilig wird, weil hier die Grenzen der Bedingung zu Konstituirung einer ordinirten Gemeinde so weit gesteckt sind, daß es oft kaum möglich ist, auch nur einen oder den andern zu einer Vorsteherstelle irgend fähigen Bürger in derselben aufzufinden, und die Anwendung der allgemein festgestellten Grundsätze auf die beiden äußersten Extreme des Größeverhältnisses der Gemeinden oft bis zur Absurdität führen muß.

Nach der Einleitung geht der Verfasser zu einer Darstellung der Hauptgrundsätze der Gemeindeordnungen der einzelnen deutschen Staaten, namentlich über Wahlordnung, Organismus der Gemeindebehörden, Aufsichtsführung des Staats ꝛc. über. In dieser Weise wird eine Uebersicht über die Hauptsätze der Gemeindeordnungen gegeben:

I. für Oesterreich [1]); II. für Preußen [2]); III. für das Königreich Sachsen [3]); IV. für Bayern [4]); V. für das Königreich Hannover [5]); VI. für Churhessen [6]); VII. für das Großherzogthum Sachsen-Weimar-Eisenach [7]); VIII. für das Großherzogthum Hessen-Darmstadt [8]); IX. für das Großherzogthum Baden [9]); X. für das Herzogthum Nassau [10]); XI. für das Herzog-

---

[1]) G.O. v. 17. März 1849; V.O. v. 19. März 1852 und 23. Febr. 1854. [2]) G.O. v. 11. März 1850. Stdte.O. für die sechs östlichen Provinzen v. 30. Mai 1853. [3]) Stdte.O. v. 2. Febr. 1832. Ld.G.O. v. 7. Nov. 1838. [4]) Ges. üb. d. Verf. u. Verw. d. Gemeinden v. 17. Mai 1818 und revid. Gemde.O. v. 1. Juli 1834. [5]) Stdte.O. v. 1. Mai 1851; V.O. v. 1. August 1855; Ges. v. 5. Sept. 1848; v. 4. Mai 1852 u. V.O. von diesem Tag. [6]) G.O. v. 23. Okt. 1834 u. Aenderungen v. 1. Dez. 1853. [7]) Revidirte G.O. v. 18. Jan. 1854. [8]) V.O. v. 9. Juli 1831. Ges. v. 5. Jan. 1852. [9]) Ges. v. 31. Dez. 1831, v. 3. Aug. 1837 und v. 25. Apr. 1851 u. Gemeindewahlordn. v. 30. April 1851. [10]) Revid. G.O.

Digitized by Google

thum Oldenburg [11]); XII. für das Herzogthum Braunschweig [12]); XIII. für das Herzogthum Anhalt-Bernburg [13]); XIV. für das Fürstenthum Waldeck und Pyrmont [14]); XV. für das Fürstenthum Schwarzburg-Rudolstadt [15]).

Am Schlusse findet sich eine interessante Vergleichung der württembergischen Gemeindeordnung mit den Gemeindeordnungen anderer deutscher Staaten nach den vier Gesichtspunkten: Wahl- und Wählbarkeitsrechte; Bildung und Wahl der Gemeindebehörden; Polizeiverwaltung; Staatsaufsicht; wobei auch das Verhältniß der in den einzelnen Staaten geltenden Grundsätze unter sich zu ersehen ist. So findet man zusammengestellt, welche Grundsätze bezüglich eines Census, einer Klassenabtheilung, hinsichtlich der Bedingungen der Wählbarkeit, des Ausschlusses der Wahlberechtigungen, je in den einzelnen Staaten bestehen. Wir heben hievon als interessante Notizen aus, daß unter den Ausschließungsgründen der Wahlberechtigung nur in vier Staaten, Preußen, Sachsen, Hannover, Waldeck, der Verlust der öffentlichen Achtung in Folge unsittlicher Handlungen und ein Beschluß beider Gemeindekollegien zu finden ist, andere fünf Staaten wenigstens einer in den letzten fünf Jahren vorausgegangenen Bestrafung wegen Vergehen, wie Diebstahl, Betrug, Fälschung, eine solche Folge geben, während in Württemberg hierin kein Anstand gefunden wird; ferner daß die Wahl eines Ortsvorstehers (überdieß mit Lebenslänglichkeit) in keinem andern Staate so ganz in die Hände der Wähler gegeben ist, wie in Württemberg, indem die Regierung nur ein sehr beschränktes Bestätigungsrecht hiebei hat; ferner in Württemberg jeder Ortsvorsteher und Gemeinderath mit einer im Verhältniß zur Gesammtzahl der Wähler ganz geringen Stimmenzahl gewählt werden kann, daß dagegen die Staatsaufsicht in allen andern Staaten in

v. 26. Juli 1854. [11]) G.O. v. 1. Juli 1855. [12]) Revid. Stdte.O. v. 19. März 1850. [13]) G.O. v. 7. März 1850. [14]) G.O. v. 16. Aug. 1855. [15]) Neue G.O. v. Jahre 1850.

Digitized by Google

engere Grenzen gezogen ist, als in Württemberg, welch' letzterer Punkt allerdings die Behauptung des Verfassers, daß die weite Ausdehnung der aktiven und passiven Wahlberechtigung andererseits zu einer größeren Beschränkung der freien Bewegung der Gemeinde nothwendig führe, am besten belegt.

Uebrigens muß Berichterstatter hier darauf aufmerksam machen, daß man bei der Staatsaufsicht über die Gemeinden wohl unterscheiden muß, zwischen einer Beschränkung der Gemeindebehörden in Beziehung auf die Angelegenheiten der von ihnen vertretenen Gemeinde und einem solchen Eingreifen der Staatsbehörde, welches durch andere Rücksichten hervorgerufen ist. Man kann den Grundsatz der Freiheit der Gemeindeverwaltung insoweit, als blos die betreffende Gemeinde selbst hiebei betheiligt ist, in vollem Umfang anerkennen; aber dann muß man zugleich nicht blos ein ausgedehntes Beschwerdenrecht der einzelnen Gemeindeglieder gegen die Akte ihrer Gemeindebehörden anerkennen, sondern auch der Staatsverwaltung das Recht einräumen, in allen Fällen, wo die Gemeindeverwaltung in die Rechte Dritter oder die Interessen des Gemeinwesens oder gar die des Staates selbst eingreift, von Amtswegen einzuschreiten; sonst kommt man durch die Vindikation einer unbeschränkten Freiheit der Gemeindeverwaltung auf das absurde Resultat einer Souveränität der Gemeindebehörden.

Berichterstatter schließt die Anzeige der vorliegenden Schrift mit der Bemerkung, daß dieselbe, wenn auch eine weitere Ausdehnung und Ausführung der Hauptbeziehungen des Gegenstands, so namentlich in Beziehung auf die Attribute der Amtsgewalt der Gemeindebehörden, z. B. in Beziehung auf Justiz- und Polizeiverwaltung zu wünschen wäre, doch immer sehr verdienstlich ist, indem dieselbe nicht nur Jedem, der sich für den Gegenstand interessirt, eine gewiß willkommene Uebersicht hierüber gibt, sondern auch vorzüglich eine Vorbereitungsarbeit für die Gesetzgebung bildet, welche auch in Württemberg an der Tagesordnung ist, indem in der letzten Kammer ein Entwurf zu einer neuen Gemeindeordnung eingebracht

Digitized by Google

worden ist, der aber lebhaften Widerstand fand, und dieser Gegenstand ohne Zweifel in der nächsten Kammer wieder aufgenommen werden wird.

---

5) Allgemeine Bibliographie. Monatliches Verzeichniß der wichtigeren neuen Erscheinungen der deutschen und ausländischen Literatur. Herausgegeben von F. A. Brockhaus in Leipzig.

Es ist bekannt, daß das Brockhaus'sche Etablissement auch die Vermittlung eines internationalen literarischen Verkehrs sich zur Aufgabe gesetzt hat, und zwar mit dem über den bloßen Geschäftsbetrieb hinausreichenden Ziel, sowohl der deutschen Literatur im Ausland Eingang zu schaffen, als den Literaturen des Auslands in Deutschland den Weg zu bahnen. Für diesen Zweck bedurfte dasselbe eines eigenen Organs und hat sich solches seit dem Anfang des Jahres 1856 in der Allgemeinen Bibliographie ꝛc. geschaffen. Diese Bibliographie dient einerseits zur Uebersicht des Ganges und Standes der bezüglichen Literatur, andererseits als Mittel für den Geschäftsverkehr. In dem in der ersten Nummer derselben enthaltenen Vorwort ist gesagt: „Sie soll aus den neuen Erscheinungen der verschiedenen Literaturen alles Dasjenige aufzeichnen, was ein mehr als flüchtiges oder lokales Interesse hat, also namentlich alle wissenschaftlichen Werke und Dasjenige aus der allgemeinen Literatur, was um irgend eines Bezugs willen eine allgemeinere Theilnahme beanspruchen darf. Damit soll dann aber auch immer zugleich gesagt seyn, daß die angeführten Bücher in der Brockhaus'schen Buchhandlung entweder sofort vorräthig, oder doch in verhältnißmäßig kurzer Zeit durch dieselbe zu beziehen sind. Die Literaturen, die sie dabei neben der deutschen besonders berücksichtigen will, sind zunächst die belgische, dänische, englische, finnische, französische, holländische, italienische, neugriechische, nordamerikanische, portugiesische, russische, schwedische, ungarische und die verschiedenen slavischen und

Digitized by Google

orientalischen Literaturen. Die Anordnung der Titel wird eine systematische, in den einzelnen Wissenschaften aber eine alphabetische seyn; ausführliche Register am Ende des Jahrgangs werden die Benützung für später erleichtern und der Allgemeinen Bibliographie überhaupt einen bleibenderen Werth geben. Außerdem sollen noch von Zeit zu Zeit in besondern Beilagen Zusammenstellungen älterer Literaturerscheinungen, die dem antiquarischen Buchhandel angehören, dessen Pflege namentlich mit Rücksicht auf ausländische Literatur die Buchhandlung ebenfalls ihre besondere Aufmerksamkeit widmet, gegeben werden."

Die Rubriken der einzelnen Fächer sind folgende:

I. Encyklopädie und Literaturwissenschaft. II. Theologie und Philosophie. III. Erziehungswissenschaft (mit Einschluß des Unterrichtswesens). IV. Rechts- und Staatswissenschaft. V. Mathematik und Naturwissenschaften (mit Einschluß der einschlagenden angewandten Lehren, wohin auch die Kriegswissenschaft gezogen ist). VI. Medizin (im weitesten Sinn des Wortes — mit Einschluß der Veterinärkunde). VII. Geographie und Geschichte (mit Einschluß der hiemit in Berührung stehenden Materien — Reisen, Auswanderung ꝛc.) VIII. Sprachwissenschaft. IX. Alterthumswissenschaft (mit Inbegriff der ganzen klassischen Literatur). X. Schöne Literatur und Kunst. XI. Handel. — Industrie. — Oekonomie (mit Inbegriff der hiezu gehörigen Hilfsfächer, Technologie ꝛc.).

Jedes Blatt enthält am Schluß literarische Notizen, nach Ländern geordnet, theils allgemeiner Natur, theils über die demnächst zu erwartenden literarischen Erscheinungen. Auch finden sich bei den einzelnen Büchertiteln die etwa nöthigen Erläuterungen und, was besonders erwünscht ist, bei den nicht allgemeiner gekannten Sprachen eine kurze Verdeutschung.

Sowie die hohe Bedeutung des Unternehmens der Vermittlung des literarischen Verkehrs fast aller civilisirten Länder keines Commentars bedarf, so liegt auch die Nothwendig-

Digitized by Google

keit und Zweckmäßigkeit des vorliegenden Hilfsmittels offen zu Tage. Ganz abgesehen übrigens auch von den eigentlichen literarischen Zwecken, welchen diese Bibliographie dient, ist es auch für solche, welche keinen unmittelbaren Gebrauch hievon zu machen in der Lage sind, von Interesse, einen Blick auf die Titel der literarischen Erscheinungen des Auslandes werfen zu können. Berichterstatter will hier nur als ein Kuriosum anführen, daß 1854 in Athen ein römisches Civilrecht von einem gewissen Phrearites nach dem Handbuch von Marezoll bearbeitet erschienen ist.

Sehr zu wünschen wäre, daß gelehrte Literaturblätter diese Bibliographie dazu benützten, über die betreffenden, hier angezeigten Erscheinungen der ausländischen Literatur von Zeit zu Zeit einen Ueberblick, nach Fächern systematisch geordnet, zu geben.

---

6) Systematisch geordnete Uebersicht über die literarischen Erscheinungen der Jahre 1853, 1854, 1855.

Unsere Zeitschrift wird periodisch systematisch geordnete Zusammenstellungen aus den Meßkatalogen liefern, welche vorzüglich zum Zwecke haben, einen allgemeinen Ueberblick über die neuen Erscheinungen in den Gebieten der Gesetzgebung, Theorie und Praxis in den in unseren Plan gehörigen oder doch solchen nahe berührenden Fächern zu geben und besonders Jeden in den Stand zu setzen, das, was in einer oder der andern Materie in neueren Zeiten aus der Presse hervorging, sich schnell und leicht zur Benützung dienstbar machen zu können. Diese Mittheilungen können natürlich nach Bezeichnung und Ordnung keine streng wissenschaftliche Abgrenzung einhalten, sondern werden ausschließlich darauf berechnet seyn, Jedem das, was für ihn von Interesse ist, möglichst übersichtlich vor Augen zu legen, so daß er schon aus den Rubriken erkennen kann, wo er zu suchen hat und das Gesuchte ohne viele Mühe findet. Uebrigens wird, soweit es der Raum irgend gestattet, auf Vollständigkeit Bedacht genommen werden. Es werden daher nur solche Erscheinungen, welche offenbar ohne Interesse sind, übergangen, und die Titel nur insoweit abgekürzt werden, als dieß unbeschadet der Hauptzwecke thunlich ist. Die gegenwärtige Zusammenstellung begreift die Jahre 1853—55, sich an die letzte dießfällige Mittheilung der Monatschrift anschließend. Künftig werden diese

Digitized by Google

Zusammenstellungen immer nur eine Jahresperiode begreifen. Die Rubriken, unter welchen die einzelnen Schriften aufgeführt werden, sind folgende: I. Allgemeine Fächer; II. Strafrecht; III. Bürgerliches Recht; IV. Kirchenrecht; V. Freiwillige Gerichtsbarkeit; VI. Staats- und Kameralwissenschaften; VII. Besondere Fächer; VIII. Sammelschriften vermischten Inhalts; IX. Hilfswissenschaften und Hilfsschriften; X. Miszellen — Flugschriften.

I. Allgemeine Fächer.

Encyclopädie. — Rechtsphilosophie und Legislation. — Allgemeine Rechtsgeschichte.

Warnkönig, L. A., juristische Encyclopädie. Erlangen. 2 Rthlr. 24 Ngr.

Friedlieb, Privatdoc. Dr., juristische Encyclopädie. Kiel. 1½ Rthlr.

Ahrens, Prof. Dr., juristische Encyclopädie ꝛc. auf Grundlage einer ethisch. Rechtsphilos. 1. Lfg. Wien. 1⅔ Rthlr.

Bluhme, Geh. Justizr. Prof. Dr., Encyclopädie der in Deutschland geltenden Rechte. (Oeffentl. Recht, Privatrecht und Kriminalrecht begreifend.) 2. verm. Ausg. Bonn. 1. u. 2. Lfg. 3 Rthlr. 27½ Ngr.

Bülau, Prof., Encyclopädie d. Staatswissenschaften. 2. umg. Ausg. Leipzig 1856. 2 Rthlr.

Stahl, die Philosophie des Rechts. 2. Bd. 3. Aufl. 1. Abth. Heidelberg. 2½ Rthlr.

Warnkönig, Prof., Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts. 2. Ausg. Freiburg im Br. 1839. 1 Rthlr. 9 Ngr.

Warnkönig, Prof., Philosophiae juris delineatio. Editio altera penitus retractata. Tubingae 1 Rthlr.

Rauh, Dr., Anti-contrat social oder rationelle Begründung des historischen Rechts. München. 28 Ngr.

Morgenstern, Reg.Präs., Mensch, Volksleben und Staat, im natürl. Zusammenhange. 2 Bde. Leipzig. 4½ Rthlr.

Moy de Sons, Prof., Grundlinien einer Philosophie des Rechts aus katholischem Standpunkte. 1. Bd. Wien. 1 Rthlr. 24 Ngr.

Grundlage, die, der Gesellschaft, vom historischen Standpunkte betrachtet. 2 Thle. 2 Rthlr.

Vico, Von dem einen Anfang und dem einen Ende alles Rechts, herausgeg. v. Müller. 1. Hft. Neubrandenburg. 27 Ngr.

Gorup-Besanez, Prof., Das Prinzip der Rechtspflege bei der Wahl von Experten vom Standpunkte der Naturwissenschaft aus. Erlangen. 6 Ngr.

Digitized by Google

Marschner, Oberapp.R., Die Anfechtungen der neueren Civilgesetzbücher. Dresden. ¼ Rthlr.

Sintenis, Oberlandg.Präs., Zur Frage von den Civilgesetzbüchern. Leipzig. 24 Ngr.

Ueberschau, kritische, der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Herausgeg. von Prof. Arndts u. s. w. 1., 2. u. 3. Bd. München. à 2 Rthlr. 12 Ngr.

Röllner, Hofger.R., Die deutschen Juristen und die deutsche Gesetzgebung seit 1848. 2. Aufl. Cassel. 1⅓ Rthlr.

Steinhagen, Dr., über Todesstrafen. Hamburg. 2 Ngr.

Rang, Stadtkommiss.Ossic., Kann die Polizei das Strafmittel der körperlichen Züchtigung entbehren? Erlangen. ⅓ Rthlr.

Lenz, Ueber die geschichtliche Entstehung des Rechts. Eine Kritik der historischen Schule. Greifswald 1854. 1½ Rthlr.

Bluntschli, Dr., Ueber den Unterschied der mittelalterlichen und der modernen Staatsidee. München. 8 Ngr.

Ihering, Prof., Geist des röm. Rechts auf den versch. Stufen seiner Entwicklung. 2. Thl. 1. Abth. Leipzig. 1⅓ Rthlr.

Ballhorn-Rosen, Kanzler Dr., Zur Vorgeschichte des röm. Rechts. (Jubeldoktordissertation.) Lemgo. ½ Rthlr.

Esmarch, Prof., Römische Rechtsgeschichte. 1. Hälfte. Göttingen. 2 Rthlr.

Asher, Dr., Disquisitionum de fontibus juris rom. historicarum fasc. I. Heidelbergae. 6 Ngr.

Otto, Prof. de Atheniensium actionibus forensibus publicis liber singularis. Dorpati 1852. 28 Ngr.

Förster, App.Ger.R. Geschichte der Deutschen und der Grundzüge des deutschen Rechtes. Königsberg. (I. II. 1 : 2 Rthlr.)

Hillebrand, Prof., Lehrbuch der deutschen Staats- und Rechtsgeschichte mit Ausschluß der Geschichte d. Privatrechtsinstituts. Leipzig 1856. 3½ Rthlr.

Aripprand und Albertus, Lombarda-Commentare. Zur Rechtsgeschichte des 12. Jahrhunderts. Nach den Handschriften zum erstenmale herausgeg. von Privatdoc. Dr. Anschütz. Heidelberg. 1⅙ Rthlr.

Maurer, Staatsr. Einleitung zur Geschichte der Mark-, Hof-, Dorf- und Stadtverfassung und der öffentl. Gewalt. München. 2⅔ Rthlr.

Sammlung älterer Provinzial- und Statutarrechte in wortgetreuen Abdrücken der besten vorhand. Ausgaben. Trier. 1 Rthlr.

Stadtrechte, deutsche, des Mittelalters, mit rechtsgeschichtlichen Erläuterungen herausg. von Prof. Gaupp. 2. Bd. Breslau 1852. 1⅓ Rthlr.

Digitized by Google

Homeyer, Die Stellung des Sachsenspiegels zum Schwabenspiegel. Berlin. $^2/_3$ Rthlr.

Daniels, Prof., Alter und Ursprung des Sachsenspiegels. Darstellung seines Entstehens aus dem s. g. Schwabenspiegel. Berlin. $^2/_3$ Rthlr.

Sachsenspiegel, der, nach der ältesten Leipziger Handschrift herausg. v. Prof. Weiske. 2. Aufl. Leipzig. 18 Ngr.

Landrecht, das sächsische, nach der Quedlinburger Pergamenthandschrift hersausg. v. Göschen. Halle. 12 Ngr.

Lex Saxonum, herausg. v. Merkel. Berlin. 8 Ngr.

Buch, dat, wichbelde recht. Das sächsische Weichbildrecht nach einer Handschrift d. k. Bibliothek zu Berlin v. 1369, herausg. v. Prof. Daniels. Berlin. 12 Ngr.

Stadtrechte und Satzungen, österreichische, aus der Zeit der Babenberger. Zusammengest. v. Archivar Dr. Meiller. Wien. $^1/_2$ Rthlr.

Segesser, Rechtsgeschichte der Stadt u. Republik Luzern. 7. u. 8. Buch. Luzern. 1 Rthlr. $4^1/_2$ Ngr.

Wackernagel, Das Bischofs- und Dienstmannenrecht v. Basel, in deutsch. Aufzeichn. d. XIII. Jahrhund. Basel 1852. 18 Ngr.

Gaupp, Prof., Lex Francorum Chamavorum od. das vermeintl. Xantener Gaurecht. Erläut. Breslau. $^1/_2$ Rthlr.

Edicta regum Longobardorum quae comes Baudius a vesme in genuinam formam restituit etc. Curavit Neigebaur, cum appendice: regum Longobardorum leges de structoribus Monachii. 21 Ngr.

Wigand, Dr., Denkwürdigkeiten für Staats- u. Rechtswissenschaft, für Rechtsalterthümer ꝛc. Leipzig. $1^3/_4$ Rthlr.

Grimm, Deutsche Rechtsalterthümer. 2. Ausg. Göttingen. 4 Rthlr.

Rechtsdenkmäler, deutsche, aus Böhmen und Mähren, eine Sammlung von Rechtsbüchern, Urkunden ꝛc., herausg. u. erläutert v. Privatdoc. Dr. Köpler. II. Bd. Prag 1852. $3^1/_3$ Rthlr. (I. II. $5^1/_3$ Rthlr.)

Rockinger, Dr., Ueber Formelbücher v. 13. bis z. 16. Jahrhundert aus rechtsgeschichtl. Quellen. München. 1 Rthlr. 16 Ngr.

Weisthümer, drei Uerdinger, aus d. J. 1454. Nach einer Handschr. d. städtisch. Archivs zu Uerdingen, v. Rektor Dr. Rein. Crefeld. 6 Ngr.

Weisthümer, zwei Echternacher. Luxemburg 1851. 6 Ngr.

Röder, Prof., Grundgedanken und Bedeutung d. röm. u. germ. Rechts. Leipzig. $^2/_3$ Rthlr.

Saalschütz, Dr., Das mosaische Recht, nebst den vervollständigenden talmudisch-rabbin. Bestimmungen. 2. verm. Aufl. 2 Thle. Berlin. 5 Rthlr.

Digitized by Google

Trummer, Dr., Das Verhältniß d. heut. Strafgesetzgebg. zum Christenthum. Frankfurt a. M. 1856. 27 Ngr.

Gengler, Prof. Dr., Ueber d. Einfluß d. Christenthums auf das altgerm. Rechtsleben. Erlangen 1854. 2 Ngr.

Osenbrüggen, Prof. Dr., Das Kriminalrecht u. d. Zeitgeist. Braunschweig. 4 Ngr.

II. Strafrecht.

A. Gesetzgebung. — Gesetzbücher. — Gesetzesentwürfe. — Kommentare und sonstige Bearbeitungen hiezu.

Sammlung der neuen deutschen Strafprozeßordnungen m. Einschluß der französischen u. belgischen. Von Prof. Dr. Häberlin. Greifswald. Kompl. 7 Rthlr. 14 Ngr.

Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten nebst dem Einführungsgesetz v. 14. April 1851. In 4 verschiedenen Ausgaben. Koblenz. Breslau. 2½ Ngr. Berlin. 1 Ngr. Thorn. ⅙ Rthlr.

Ausgabe, annotirte, d. preuß. Strafgesetzbuches unter Hinweisg. auf die Strafgesetzgebg. Frankreichs u. unter Berücksichtig. d. Competenzfrage. 2. Ausg. Mainz. ½ Rthlr.

Goltdammer, Kammerger.R., die Materialien z. Strafgesetzb. f. Preußen, erläut. 2. Bd. 3. Hft. Berlin. 1852. Compl. 6⅓ Rthlr.

Hahn, Ger.Ass., Erläuterungen u. Novellen z. Strafgesetzbuch f. d. preuß. Staaten u. z. Ges. üb. d. Presse. Breslau. ⅚ Rthlr.

Gräff, Kammerger.R., das Strafgesetzbuch für Preußen, nebst Ergänzgn. u. Erläutergn. 2. verm. Aufl. Breslau. 1⅓ Rthlr.

Criminalordnung für Preußen, nebst d. Verordnung v. 3. Jan. 1849. Amtl. Ausg. 2. verm. Aufl. Berlin. 1 Rthlr.

Gesetz üb. d. Ansatz d. Gerichtskosten u. d. Gebühren d. Rechtsanwälte in Untersuchungssachen v. 3. Mai 1853. Berlin. 3 Ngr.

Zusammenstellung der neben d. Strafgesetzbuche noch geltenden bis auf die neueste Zeit erschienenen preußischen Strafgesetze. Insterburg. ⅔ Rthlr.

Heyde, Hofrath, Repertorium der Uebertretungen der Polizeistrafgesetze u. Polizeistrafen nebst Erläutergn. Stettin 1⅓ Rthlr.

Entwurf des Gesetzbuches üb. Verbrechen u. Vergehen. Nebst Motiven. Für Bayern. München. 16 Ngr.

Abegg, Prof., zur Begutachtg. d. Entwurfs d. bayer. Gesetzbuchs üb. Verbrechen u. Vergehen v. J. 1854. Erlangen. 28 Ngr.

Friedreich, anthropologisch-psychologische Bemerkgn. üb. d. bayer. Entwurf d. Gesetzbuches über Verbrechen ꝛc. von 1854. Nürnberg. 18 Ngr.

Völderndorff, Staatsanwaltssubst., Repertorium der zum neuen Strafverfahren ergangenen Entschließungen und Präjudizien,

Digitized by Google

sowie über die noch gültigen Novellen zum 2. Thl. des bayer. Strafgesetzbuches v. 1813. Nördlingen. 12 Ngr.

Strafgesetzbuch f. Hessen nebst zusammenhängenden Gesetzen. Amtl. Hdausg. Darmstadt 1853. 1¼ Rthlr.

Krug, Geh. Just.-R., Kommentar zu d. Strafgesetzbuch f. Sachsen vom 11. Aug. 1855 und den bezügl. Gesetzen. 4 Abtheilungen. Leipzig. 4¾ Rthlr.

Krug, Geh. Just.R. u. Oberapp.R. Schwarze, d. Strafgesetzb. u. d. Strafprozordg. f. Sachsen, m. Erläutgn. Leizig. 1⅓ Rthlr.

Gesetz üb. d. Einrichtung d. Behörden I. Instanz. Strafgesetzbuch, Strafprozeßordg. u. weitere hiemit in Verbindg. stehende Gesetze f. d. Königr. Sachsen. Dresden. ⅔ Rthlr.

Müller, Dr. F., kritische Betrachtungen üb. d. Gesetzentw. z. Abändg. d. thüring. Strafprozeßordg. v. 1850. Jena. 16 Ngr.

Strafgesetzbuch, Strafprozeßordnung u. Einführungsgesetz v. 20. März 1850 m. Gebührentaxe ꝛc. Weimar, 1850, in 2 Ausg. zu ⅚ u. ½ Rthlr.

Groß, Staatsanw. Dr., Kritik d. Strafprozeßordg. f. S. Altenburg v. 27. Febr. 1854. Jena. 1854. ⅓ Rthlr.

Strafprozeßordnung, die Schwarzburgische, und Gebührentaxe ꝛc. Sondershausen. ⅓ Rthlr.

Gesetze über die Bildung der Schwurgerichte u. über d. Geschworenenverfahren v. 24. Dez. 1849. Hannover. 1850. 2½ Ngr.

Polizeistrafgesetz f. Hannover, 2. Aufl. Hannover. ⅙ Rthlr.

Polizeistrafgesetz, das, für Hannover v. 25. Mai 1841, mit weiteren Ges. u. Verordgn. zusammengef. v. Gerichtsass. Petersen. Hannover. ⅔ Rthlr.

Strafgesetzbuch f. Waldeck u. Pyrmont nebst Einführgsgef. u. Feldpolizeiordg. Mengeringhausen. ⅓ Rthlr.

Polizeistrafgesetz, das, f. Anhalt-Dessau-Köthen. Dessau. 8 Ngr.

Hye, Minist.R. Prof. Dr., das österr. Strafges. üb. Verbrechen ꝛc., Verordgn. üb. d. Competenz d. Strafgerichte u. d. Preßordg. v. 27. Mai 1852, erläutert. 5 Lfgn. Wien. 1852. à 16 Ngr.

Müller, Dr., das Strafgesetzbuch über Verbrechen ꝛc. für Oesterreich vom 27. Mai 1852, in seinen Verhältnissen zu d. Strafgesetzbüch. v. Preußen, Bayern, Württemberg ꝛc. Pest. 4 Rthlr.

Strafgesetz, das österreichische, vom 27. Mai 1852, erläutert. 2. verb. Aufl. Wien. 1 Rthlr.

Frühwald, Landger.Ass., alphabetisches Handbuch z. d. österreich. Strafprozeßordg. v. 29. Juli 1853. Wien. 1854. 2 Rthlr.

Temme, kritische Bemerkungen zu d. Entw. eines Strafgesetzbuches f. d. Kanton Bern. Zürich. 9 Neugr.

Digitized by Google

B. Doktrin und Praxis. — Strafrechtstheorie. — Strafprozeß. — Strafvollzug.

Schletter, Prof., zur Textkritik der Carolina. Leipzig. ¼ Rthlr.

Sanio, Specimen de notionibus ac praeceptis quibusdam juris criminalis Romanorum antiquitatem juris sacri redolentibus. Regiomonti. 4 Ngr.

Köstlin, Systeme d. deutsch. Strafrechts. 1. Abtheilg. Tübingen. 1855. 3¼ Rthlr.

Marezoll, Dr., das gemeine deutsche Kriminalrecht als Grundlage d. neuern deutsch. Strafgesetzgebungen. 3. umgearb. Ausg. Leipzig. 1856. 3 Rthlr.

Morstadt, Prof. Dr., ausführl. kritisch. Commentar z. Feuerbachs Lehrbuch d. gemein. peinl. Rechts in Deutschland. Vollendet v. Prof. Dr. Osenbrüggen. 2. Hälfte §§. 332 — 494. Schaffhausen. 1 Rthlr.

Heffter, Prof., Lehrbuch d. gemein. deutsch. Strafrechtes. 5. Aufl Braunschweig. 2⅔ Rthlr.

Berner, Prof., Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen, besonders von der Bestrafung der im Auslande begangenen Verbrechen ꝛc. Berlin. 1 Rthlr. 6 Ngr.

Wick, Ueber Ehrenstrafen u. Ehrenfolgen der Verbrechen u. Strafen. Neue unveränderte Ausg. Rostock 1845. 1⅓ Rthlr.

Scharlau, Dr., Ueber die körperlichen Verhältnisse, welche die Zurechnungsfähigkeit für begangene Verbrechen ausschließen. Stettin. ½ Rthlr.

Krug, geh. Justizr. Dr., Ueber dolus und culpa u. insbes. üb. d. Begriff d. unbestimmten Absicht. Leipzig. ½ Rthlr.

Otto, Oberbergr., Vom Versuch d. Verbrechen. Eine jurist. Abhandl. Leipzig. ½ Rthlr.

Krug, geh. Justizr. Dr., Die Lehre v. Versuche d. Verbrechen. Leipzig. 8 Ngr.

Rieke, Kand., Disput. de crim. ambitus et de sodaliciis apud Rom. tempore liber. reipubl. Lugduni-Bat. 1 Rthlr. 4 Ngr.

Osenbrüggen, Prof., Die Brandstiftung in d. Strafgesetzbüchern Deutschlands u. d. Schweiz. Leipzig 1854. 1 Rthlr.

Abegg, Prof., Die preuß. Strafgesetzgebg. u. Rechtsliteratur in ihr. gegenseit. Beziehg. Berlin 1854. 1 Rthlr.

Temme, Lehrbuch des preußischen Strafrechts. 3 — 6. Liefg Berlin. Kompl. 4⅔ Rthlr.

Kersting, Krim.-Ger.-Dir., Das Strafrecht in Kurhessen. In einzeln. Abhandlungen. Rinteln. 1—6. Lfg. 3 Rthlr. 1 Ngr.

Heuser, Ob.-App.Ger.-Sekr., Handb. d. kurhess. Straf- u. Poli-

Digitized by Google

zeirechts u. der noch gültigen Strafbestimmungen d. älteren Fuldaer, Hanauer ꝛc. Rechts. Cassel. 3 Rthlr. 3 Ngr.

Frühwald, Landesger.Ass., Handb. d. österreich. Strafrechtes. 2 Thle. Wien 1855. à 2 Rthlr.

Herbst, Prof., Handb. d. allg. österreich. Strafrechtes. 1. u. 2. Bd. Wien. à 2 Rthlr.

Herbst, Prof., Die grundsätzlichen Entscheidungen d. k. k. obersten Gerichts- u. Kassationshofes üb. zweifelhafte Fragen d. allg. österr. Strafrechtes. Wien. 18 Ngr.

Temme, Prof. Dr., Lehrbuch des schweizer. Strafrechts. Aarau. 4 Rthlr. 12 Ngr.

Bluhme, Prof., Quellen u. Literatur d. in Deutschland geltenden Strafprozeßrechts. Bonn 1854. $^1/_6$ Rthlr.

Richter, App.-R., Grundsätze der Untersuchungsführg in Kriminalsachen. Dresden. 1 Rthlr.

Bohnstedt, Ob.-Landger.-Ass., Straf- und Disziplinarverfahren. Frankfurt a. M. $^1/_3$ Rthlr.

Seckendorff, Bezirksarzt, Ueber d. Zulässigkeit d. Hebammen als Sachverständige in besond. Hinblick auf d. Entwurf d. sächs. Strafprozeßordnung. Leipzig. $^1/_6$ Rthlr.

Walther, Prof., Die Rechtsmittel im Strafverfahren nach den Grundsätzen d. engl.-franz. Strafprozeßrechts. 2. Abth. München. Kompl. 2 Rthlr. 16 Ngr.

Frantz, Der preuß. Strafprozeß. 2. verm. Ausg. Quedlinburg. $2^1/_2$ Rthlr.

Hartmann, Kreisger.Dir. Geh. Justiz-R., das gesammte Untersuchungsverfahren f. Preußen. Breslau. $2^2/_3$ Rthlr.

Stengel, Staatsanw., d. wiederbelebte Instanzentlassg. im bayer. Strafverfahren. München. $^1/_2$ Rthlr.

Flembach, App.Ger.R., das Kronrecht d. Gnade i. d. Strafrechtspflege Bayerns ꝛc. u. d. Autonomie des Monarchen i. d. milit. Strafgesetzgebg. Bayerns. Nürnberg 1853. $^1/_2$ Rthlr.

Lebret, Oberkriegsger.Sekr., die Strafrechtspflege der württ. Gerichte. 2. Bd. 2. Thl. Stuttgart. $1^1/_3$ Rthlr.

Mayer, Prof., das Strafverfahren in Baden nach dem Gesetze v. 5. Febr. 1851. 2. Lfg. Freiburg. $^1/_3$ Rthlr.

Polizeistrafprozeßordnung nach Grundlage der Strafprozeßordnung vom 8. Novemb. 1850, von Oberger.Anw. Ebhardt. Hannover. $^1/_6$ Rthlr.

Hasenbalg, zur Strafprozeßordnung, v. d. Erhebung der öffentl. Klage und ihrer Consumtion durch richterliches Urtheil. Hannover. $27^1/_2$ Ngr.

Hye-Glunek, Minist.R. Prof. Dr,, die leitenden Grundsätze der

Digitized by Google

österreichischen Strafprozeßordnung v. 29. Juli 1853, erörtert. Wien. 2¼ Rthlr.

Biener, Dr., d. engl. Geschwornenger. 3. Bd. Leipzig. 1¼ Rthlr.

Reuter, Stadtger.Präs., Taschenbuch z. dienstl. Gebrauch für Geschworene u. Richter. Enthaltend die auf das Schwurgerichtsverfahren in den preußisch. Landen bezügl. Gesetze ꝛc. 2. verm. Aufl. Berlin. ½ Rthlr.

Handbuch für Geschworene, mit Zugrundelegung d. bayer. Strafrechts, herausgeg. v. Meyer. Nördlingen. ⅓ Rthlr.

Rehm, App.-Ger.-Rath., Der Geschworene in Bayern. Zum dienstlichen Gebrauche. Bamberg. ¼ Rthlr.

Hoz, Staatsanw.-Subst., Leitf. f. Geschworene ꝛc. Zürich. 1 Rthlr.

Merckel, App.-R., Ueber den Zinswucher, nach dem in der bayer. Pfalz geltenden franz. Gesetze v. 3. Sept. 1807 in Vergleichg. mit andern Gesetzgebungen. Heidelberg. 16 Ngr.

Ebhardt, Oberger.-Anwalt, Die Polizeistrafen Hannovers. 2. verb. Aufl. Hannover. ⅔ Rthlr.

Ferrus, General-Insp. über Gefangene, Gefangenschaft u. Gefängnisse in's Deutsche übertragen v. Dr. Klein. Ratibor. 2 Rthlr.

Arend, Jngen., Die Reform der Strafgefängnisse. Cassel. 3 Ngr.

Besser, Dr., Einiges über die modifizirte Einzelhaft ꝛc. Hamburg u. Gotha. ⅙ Rthlr.

System, Das Wentzel'sche, der Beschäftigung der Sträflinge mit Feld- u. Handarbeiten. Berlin. ⅙ Rthlr.

Appert, Ueber Wohlthätigkeits- und Strafanstalten in Württemberg, Baden, Hessenkassel ꝛc. Leipzig. 2 Rthlr.

Buol-Bernberg, Die holländischen Armenkolonien u. die Strafanstalten in Berlin, Gent, Bruchsal u. Genf. Die Gefängnißreform in Oesterreich. Wien. 1 Rthlr. 24 Ngr.

Füeßlin, Die Beziehungen des neuen badischen Strafgesetzes zum Pönitentiarsysteme. Karlsruhe 1853. ⅓ Rthlr.

Füeßlin, Das neue Männerzuchthaus (mit lithograph. Tafeln). Karlsruhe 1853. 4⅙ Rthlr.

Füeßlin, Dir., Die Einzelhaft im neuen Männerzuchthause in Bruchsal. Heidelberg. 1⅓ Rthlr.

Osenbrüggen, Prof., Casuistik d. Kriminalrechts. Schaffh. 1½ Rthlr.

Jagemann, Justizminist.-R., Kriminallexikon, fortgef. v. Brauer. 7 Lieferungen. Erlangen. kplt. 5 Rthlr.

Krauß, Oberamtsarzt, Der Kretin vor Gericht. Ludw. Kober von Tübingen wegen Tödtung seiner beiden Eltern u. seiner Schwester verurtheilt. Tübingen. 1 Rthlr.

Pitaval, der neue. Von Kriminaldir. Dr. Hitzig. 23. Thl. Leipzig. 2 Rthlr.

Digitized by Google

Demme, Dr., Das Buch der Verbrechen. Neue Folge. 4 Bd. Leipzig. 1⅔ Rthlr.

Rasch, Kamm.-Ger.-Referent, Das preuß. Strafgesetzbuch u. der preuß. Strafproz., nebst Judikaten des Ob.-Trib. ꝛc. Berlin 1854. ½ Rthlr.

Sammlung der von dem Kassationshofe Braunschweigs entschied. Strafrechtsfälle. 1 Bd. Wolfenbüttel. ⅚ Rthlr.

Asher, Dr., Beiträge zur Kriminalstatistik f. Hamburg. Hamburg. 16 Ngr.

Wolffeldt, Kolleg.-R., Mittheilungen aus dem Strafrecht u. dem Strafprozeß in Livland, Esthland und Kurland durch aktenmäßige Darstell. merkwürd. Verbrechen ꝛc. Mietau. kplt. 6 Rthr.

Inhalt.

Seite

I. Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

1) Zur Lehre von dem Verfahren bei Rechtsstreitigkeiten über die Hauptmängel der Hausthiere, mit Wünschen für eine neue Gesetzgebung hierüber. (Von dem Herausgeber.) . 169

2) Ueber das Entschädigungsprinzip der Brandversicherung für Häuser — Versicherungswerth, Bauwerth, Zustandswerth, Verkaufswerth — in einer Darstellung der dießfälligen Bestimmungen der württembergischen älteren und neueren Gesetzgebung und einer Auslegung der Art. 19 und 24 des Gesetzes über die allgemeine Brandversicherungsanstalt vom 14. März 1853. (Von dem Herausgeber.) 188

3) Ueber die Versetzung der württembergischen Staatsdiener vom Verwaltungsfache auf geringere Stellen. (Von Hrn. Finanzrath Löser.) 213

4) Zur Lehre vom Wasserrecht. Mit besonderer Rücksicht auf die Begrenzung der Civil- und Administrativjustiz in dieser Materie 239

5) Mittheilungen aus der Praxis der höheren Kriminalgerichte Württembergs 276

6) Das Pfändungsinstitut nach gemeinem Recht, verschiedenen Spezialgesetzgebungen und nach dem Entwurf eines Landeskulturgesetzes für Württemberg von 1853 (Von dem Herausgeber.) 283

7) Dispensation geschiedener Ehegatten zum Behufe der Wiederverehelichung. (Eingesendet.) 296

Digitized by Google

Seite

8) Bemerkungen über Geschäftsbehandlung und dießfällige Einrichtungen in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Verwaltung. (Von dem Herausgeber.) 303

II. Literarische Mittheilungen.

1) Das K. sächsische und thüringische Strafrecht. Ein Handbuch von Dr. C. G. v. Wächter. 1. u. 2. Lfg. 1857. . 312

2) Civilpraktikum oder Anleitung zu Entscheidung von Civilrechtssachen in Uebungsfällen, mit Anweisung zu deren Bearbeitung und mit Auflösung der Aufgaben. In vier getrennten Abtheilungen, mit zwei Situationsplänen. (Von Obertribunalrath Sarwey in Stuttgart.) Stuttgart und Augsburg. J. G. Cotta'scher Verlag. 1856. 317

3) Die Gesetze über Niederlassung und Verehelichung in den verschiedenen deutschen Staaten, nebst Kritik und Vorschlägen. 1855. (Von E. Schübler, R.-Kons. in Stuttgart.) 321

4) Die Gemeindeordnung Württembergs und anderer deutschen Staaten. 1856. (Von E. Schübler, R.-Kons.) . . 324

5) Allgemeine Bibliographie. Monatliches Verzeichniß der deutschen und ausländischen Literatur. (Von F. A. Brockhaus in Leipzig.) 328

6) Systematisch geordnete Uebersicht über die literarischen Erscheinungen der Jahre 1853, 1854, 1855 330

Digitized by Google

Württembergisches Archiv

für

Recht und Rechtsverwaltung

mit Einschluß der Administrativ-Justiz.

Herausgegeben von Obertribunalrath **Sarwey** in Stuttgart.

Erster Band.

Dritte Abtheilung.

I.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

1) Zur Lehre von Leibzuchtsrechten, Leibgedingen, Wohnungsrechten — insbesondere zur Frage über Dinglichkeit und Kollision derselben mit Pfandgläubigern.

In einigen Rechtsfällen dargestellt.

Uebersicht über die in den nachfolgenden Rechtsfällen abgehandelten Fragen.

1) Zur Frage, in wiefern Leibgedingsrechte Reallasten bilden, überhaupt. I. II. III. IV. IX.

2) Nutzungsrechte an bestimmten Ländereien, an der Leibzuchtswohnung, sowie Leistungen, welche den Besitz des betreffenden Guts voraussetzen, sind unbedingt, dagegen sonstige Leistungen, auf welche der Leibzüchter Anspruch hat, nur dann für dingliche zu achten, wenn entweder bestimmte Gesetze, oder der Wille der Kontrahenten bei Abschluß des Leibgedingsvertrags ihnen diese Eigenschaft beigelegt haben. I. II. III. IX.

Digitized by Google

3) Leibgedingsvorbehalte bei Uebergabe eines Bauerngut sind, wenn dieselben als Gegenleistungen des Gutsübernehmers neben einem mäßigen Kaufschilling stipulirt werden, in der Regel dingliche Lasten. III. IV.

4) Kriterien für die Dinglichkeit sind:

a) wenn das Leibgeding ausdrücklich als aus den Gütern zu reichen, versprochen ist; III.

b) wenn die stipulirten Leistungen keinen Bezug auf die Person des Verpflichteten haben, sondern von jedem Besitzer aus dem Gut und seinen Erträgnissen bestritten werden können, oder wenn sie gar von einem andern, als dem jeweiligen Besitzer, nicht gewährt werden können; I. II. III. IV.

c) oder wenigstens ein bestimmter Zusammenhang der Leistungen mit dem Gut oder dem Umtrieb desselben, III.

d) oder einzelner Leistungen mit andern, welche dinglicher Natur sind, z. B. dem Wohnungsrechte, stattfindet; III.

e) Wenn die Rücksicht auf die Sicherheit dessen, für welchen das Leibgeding stipulirt ist, die dingliche Radicirung nöthig und wahrscheinlich macht. III. IV.

f) Uebertragung der Pflicht zu Reichung des Leibgedings auf einen nachfolgenden Besitzer des betreffenden Guts. I. III. IV.

5) In wiefern durch Verwandlung der Naturalleistungen in Geld die dingliche Natur des Leibgedings aufgehoben werde. II.

6) Ueber das Erforderniß der gerichtlichen Bestätigung bei Auflegung, beziehungsweise Vorbehalt dinglicher Rechte, insbesondere eines Leibgedings und den in in dieser Beziehung eintretenden Unterschied von Real- und Personal-Dienstbarkeiten — bleibenden und mit dem Tod aufhörenden Lasten. IV. V.

7) Ueber die Frage, ob der Leibgedingsberechtigte in den Fällen, wo das Leibgeding als eine Reallast anzusehen ist, an sich nicht mehr berechtigt sey, gegen den nächsten Käufer seines Guts Klage zu erheben. I.

8) Der Pfandgläubiger ist nach dem Pfandgesetz Art.

Digitized by Google

65, 74, 75 der Regel nach gegen alle ihm unbekannte Rechte und Ansprüche geschützt, welche zur Zeit der Erwerbung seines Unterpfands weder im Güterbuch, noch im Unterpfandsbuch bemerkt gewesen sind. Es kann daher, wenn dieß nicht der Fall ist, derjenige, welchem ein dingliches Recht, insbesondere ein Leibgedingsanspruch oder Wohnungsrecht zusteht, dieses Recht gegenüber von demjenigen, welchem auf der bezüglichen Sache ein Unterpfand bestellt ist, nicht geltend machen. Solche Berechtigte haben sonach für Wahrung ihres Rechts durch einen Eintrag im Güter- oder Unterpfandsbuch noch vor Eintragung des Unterpfandsrechts zu sorgen. V. VI. VII. IX.

9) Die Folge des Mangels einer solchen Wahrung ist, daß die Pfandobjekte als frei von dem Leibgedingsanspruch zu verkaufen sind, und dem Leibgedingsberechtigten bloß das zufällt, was von dem Kaufschilling nach Befriedigung des Pfändgläubigers übrig bleibt. VI.

10) Nur da, wo keine Güterbücher bestehen, oder, soweit die Besitzesveränderungen in solchen bloß periodisch eingetragen werden, bleibt ein solches Recht aufrecht, wenn dasselbe bei einer Unterpfandsbestellung unbeachtet blieb, sofern es aus dem Kaufbuch oder anderen Erwerburkunden, namentlich Inventur- und Theilungsakten hätte ersehen werden können (Pfandgesetz Art. 58, 59, 67). VII. VIII. IX.

11) In wiefern dieser Satz (10) auf bloß vorbehaltene Rechte Anwendung leide. VII.

12) Grundeigenthum und jede Art dinglicher Rechte an demselben werden gegen nachfolgende Verpfändungen (von Seiten eines im Güterbuch oder dessen Surrogaten Eingetragenen) schon durch bloßen Eintrag im Kaufbuch gewahrt, aber nur vorübergehend, nämlich bis zur nächstfolgenden allgemeinen Richtigstellung des Güterbuchs. IX.

13) Grundeigenthum (nicht auch dingliche Rechte) wird durch das obrigkeitliche Erkenntniß über den Erwerbungsvertrag gegen nachfolgende Verpfändungen dauernd gewahrt, und es ist in dieser Beziehung gleichgiltig, ob die neue Erwerbung

Digitized by Google

bei der nachfolgenden allgemeinen Richtigstellung des Güterbuchs berücksichtigt wird oder nicht. IX.

14) Besonderer Fall der Verfolgung eines dinglichen Wohnungsrechts gegen einen spätern Besitzer — Käufer — des Guts, welcher als Rechtsnachfolger eines Pfandgläubigers anzusehen ist. VIII.

15) Der Käufer, welcher das auf der gekauften Sache haftende dingliche Wohnungsrecht schon vor dem Kauf gekannt hat, kann hiegegen keine Einsprache (auf den Grund des Art. 15 des Gesetzes vom 21. Mai 1828) erheben. III. IX.

16) Desgleichen nicht, wenn jenes Recht durch Eintrag gewahrt ist. IX.

17) Die Vorlegung eines Leibgedingsvertrags zur gerichtlichen Insinuation involvirt noch nicht den Antrag auf Eintragung in den öffentlichen Büchern zu Wahrung desselben. VI.

18) In wiefern zu Wahrung eines dinglichen Rechts ein ausdrücklicher Antrag des Betheiligten erfordert werde. IX.

19) Folge der Nichtaufnahme eines gewahrten dinglichen Rechts in einem später neuerrichteten Güterbuch. VIII.

20) Folgen der Nichtgeltendmachung eines dinglichen Wohnungsrechts im Gante. VIII.

21) Uebergang eines bloß persönlichen Leibgedings mit dem Gut durch besondern Titel. III.

22) Zur Begriffsbestimmung eines Güterbuchs. VII.

23) Zur Auslegung von Rechtsgeschäften. III.

24) Zur Lehre von den Novationen. II.

I. A.-S. der Mathias W.'schen Eheleute von U., Kl. Anten W.Anten gegen Georg Pr ... von U., Bekl. Aten, W. Aten,

eine Leibgedingsforderung betreffend.

Erkenntniß des Obertribunals vom 29. Februar 1840.

Nach den Akten verkaufte der Ehemann der Klgin. im Mai 1833 an den Beklagten sein Söldnergut in U. und konstituirte sich hiebei für sich und seine Ehefrau einen Leib-

Digitized by Google

geding in der Art, daß ihnen sowohl Produkte der Landwirthschaft, als auch der Genuß einiger zu dem Gute gehöriger Grundstücke und der Sitz im Wohnhause eingeräumt wurden. Nach einem spätern Vertrage vom April 1834 traten die W....'schen Eheleute an Jakobi 1835 in den ganzen Genuß dieses Leibgedings ein. Pr.... verkaufte aber schon am 21. Juli 1835 das Gut an Adam S.... von K. und bestimmte ausdrücklich, daß der Käufer den Ausding der W....'schen Eheleute zu übernehmen habe. Im August 1836 erhoben nun die W....'schen Eheleute bei dem Oberamtsgericht H. gegen Pr.... Klage auf Leistung dieses Leibgedings; der Beklagte setzte die Einreden entgegen, daß er das Gut mit allen Lasten, somit auch mit dem darauf ruhenden Leibgeding verkauft, und daß der Kläger mit dem Käufer des Guts sich verglichen, und Letzteren als Schuldner angenommen habe, worauf das Oberamtsgericht nach gepflogenen weiteren Verhandlungen erkannte:

„daß der Beklagte von der Klage zu entbinden sey."

Gegen dieses Erkenntniß ergriffen die Kläger Berufung bei dem Gerichtshofe in E. und reichten ihre Beschwerdeschrift ein. Es wurde jedoch von diesem nach eingeleiteten weiteren Verhandlungen das erstrichterliche Urtheil bestätigt. Auf die von den Klägern erhobene Oberberufung erkannte das Obertribunal unterm 29. Februar 1840 rejektorisch. Bei der Entscheidung führte die Frage, ob die Kläger den Beklagten, obgleich dieser zur Zeit der erhobenen Klage nicht mehr Besitzer des Guts war, gleichwohl aus dem Grunde belangen können, weil er durch den Kaufvertrag die von dem Besitze des Guts unabhängige persönliche Verbindlichkeit zu Reichung des Leibgedings übernommen habe, auf die weitere Frage, ob in dem vorliegenden Falle die Leibgedingsleistung als eine auf dem Gut ruhende Reallast anzusehen sey."

Auszug aus den Entscheidungsgründen des Obertribunals.

2c. 2c. 2c.

„Wenn manche Rechtslehrer, wie

Danz, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. 5. S. 316.
Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht, §. 161 am Ende,
Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 199 und
Schwarz, Das Institut der Reallasten, §. 23

den Leibgeding ganz allgemein und unbedingt für eine Reallast erklären, so gehen dieselben zu weit.

Die richtige Ansicht ist wohl die von

Runde, Rechtslehre von der Leibzucht, S. 383 ff.,

aufgestellte. Derselbe unterscheidet bei der Frage, ob das Leibzuchtsrecht hinsichtlich des verpflichteten Theils ein dingliches sey, nach dem Gegenstand der Leistungen, und erklärt:

a) die Nutzungsrechte an bestimmten Ländereien, an der Leibzuchtswohnung, sowie auch an beweglichen Inventarstücken unbedingt für dingliche,

l. c. S. 390—399.

dagegen

b) sonstige Leistungen, auf welche der Leibzüchter Anspruch hat, nur dann für dingliche, wenn entweder bestimmte Gesetze oder der Wille der Kontrahenten bei Abschluß des Leibgedingsvertrags ihnen diese Eigenschaft beigelegt haben.

ibid. S. 400—414.

Hiemit stimmen überein,

Bolley, Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien, S. 201, und
Gmelin, Ordnung der Gläubiger, S. 139,

indem sie unterscheiden, ob sich der Leibgedingsberechtigte den Leibgeding ausdrücklich als aus den Gütern zu reichen habe versprechen lassen, oder nicht.

Auch unsere neue Pfandgesetzgebung geht davon aus Es wird nämlich in dem Art. 4 des Prioritätsgesetzes vom 15. April 1825 sub Nro. 4 dem auf einem Realrecht ruhenden Leibgeding das Vorzugsrecht erster Klasse eingeräumt, und in der Hauptinstruktion vom 14. Dezember 1825 §. 170 ist verordnet: „Sind die zu verpfändenden Güter mit einem Leibgeding in der Art belastet, daß dasselbe aus den

Digitized by Google

Gütern, d. h. von deren Ertrage zu reichen ist, so muß — (der Werth des Leibgedings) als eine auf den Gütern haftende Last von dem Werth der Güter in Abzug gebracht werden.

Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten vom Jahre 1824, Heft XI. S. 983—984.

Nun ist allerdings in dem zwischen den streitenden Theilen unterm 20. Mai 1833 abgeschlossenen Vertrage, durch welchen der fragliche Leibgeding konstituirt wurde, in der Vertragsurkunde selbst ausdrücklich nicht gesagt, daß der Leibgeding als dingliche Last auf das Gut selbst gelegt werde, und die Kläger haben sich für eine entgegenstehende Absicht der Kontrahenten sogar mit einigem Schein auf die Worte der Urkunde berufen:

„Es haben die Käufer den verkaufenden Eheleuten folgenden jährlichen unentgeldlichen Leibgeding abzureichen ꝛc.;"

Diesem Bedenken wird nun zuerst ein besonderer — kein allgemeines Interesse bietender Grund entgegengehalten, sofort aber weiter fortgefahren." Hauptsächlich aber ist zu berücksichtigen, daß, während einerseits nicht eine einzige Leistung unter dem stipulirten Leibgeding sich befindet, welche eine bestimmte Beziehung auf die Person des Beklagten oder seiner mitkaufenden Ehefrau hätte, vielmehr alle einzelnen Leistungen von der Art sind, daß sie jeder Besitzer des Gutes aus demselben oder aus der mit dem Gutsbetriebe nothwendig verbundenen Viehzucht zu bestreiten im Stande ist, auf der andern Seite eine Reihe einzelner Leistungen, welche Gegenstand der Leibgedingsreichung sind, von einem andern als dem jeweiligen Gutsbesitzer gar nicht gewährt werden können. Dahin gehört insbesondere das vorbehaltene Nutzungsrecht an einzelnen Theilen des zum Gut gehörigen Wohnhauses, an den vorhandenen Einrichtungen zum Waschen, Backen und Obstdörren, ferner der Genuß gewisser speziell bezeichneter Güterstücke, der Anspruch auf den dritten Theil des auf dem Gute wachsenden Obstes ꝛc."

Digitized by Google

Noch wurde für die Annahme der Dinglichkeit ausgehoben, daß die Kontrahenten selbst in der Folgezeit durch die That selbst den Vertrag so ausgelegt haben, daß der ganze Leibgeding als dingliche Last auf das Gut habe gelegt werden wollen, indem einerseits der Beklagte bei der Veräußerung des Guts an Adam S.... von R. die fernere Leistung des Leibgedings mit auf diesen übertragen, andererseits der Kl. Ehemann mit S.... über die Verwandlung der Naturalleistung in eine Geldabgabe unterhandelt, somit denselben in seiner Eigenschaft als zeitlicher Gutsinhaber als den ihm nunmehr Verpflichteten anerkannt hatte.

Es kam aber in dieser Sache auch die weitere Frage zur Sprache, ob die Kläger, wenn das Leibgeding als eine Reallast anzusehen sey, an sich nicht mehr berechtigt seyen, gegen den nächsten Käufer ihres Gutes Klage zu erheben.

Bezüglich dieser Frage wurde

1) von der einen Seite Folgendes geltend gemacht:

„Bekanntlich können durch Verträge nicht nur persönliche Verbindlichkeiten eingegangen werden, sondern es kann auch durch solche der Eigenthümer einer Sache eine dingliche Last auf seine Sache legen. So können unter bestimmten Voraussetzungen nicht nur die Servituten des römischen Rechts, sondern insbesondere auch die deutschrechtlichen Reallasten durch Verträge entstehen.

cf. insbes. Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht. §. 163.

Ist aber bei einem Vertrage die Absicht der Kontrahenten auf Konstituirung einer Reallast gerichtet, und ist nach dem bestehenden Rechte der abgeschlossene Vertrag geeignet, eine Reallast zu begründen; so ist, wenn die wirkliche Ausübung des Rechtes hinzukommt, die Reallast als konstituirt anzusehen. Die Klage auf Leistung desjenigen, was Gegenstand der Reallast ist, kann alsdann, weil nicht sowohl die Person des Kontrahenten als vielmehr seine Sache unmittelbar verpflichtet wurde, nur gegen denjenigen angestellt werden,

Digitized by Google

der die Sache besitzt, auf welcher die Reallast ruht, woraus folgt, daß, wenn der ursprüngliche Kontrahent die belastete Sache veräußert hat, von da an die Klage auf Leistung des Versprochenen nicht mehr gegen ihn, sondern nur gegen den neuen Besitzer der Sache zu richten ist.

cf. Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 152 und insbesondere §. 153 sub Nro. 8.

2) Von anderer Seite wurde hiegegen geltend gemacht, das Leibgeding sey bloß ein pars pretii, für welche der Käufer für seine Person hafte, selbst wenn das Leibgeding vermittelst solcher Gegenstände, welche Bestandtheile des Kaufobjekts ausmachen, geleistet werden müsse. Der Leibgedingsvertrag sey als pactum adjectum des Kaufvertrags in der Regel rein persönlicher Natur. Höchstens könne dem Käufer nach Umständen das beneficium excussionis zustehen. Wenn Käufer das Gut weiter veräußere, so könne er nur dadurch seiner Verbindlichkeit enthoben werden, wenn ihn sein Verkäufer hievon durch eine novatio cum delegatione freigesprochen habe, was aber natürlich bewiesen werden müsse, und daraus, daß der Leibgedingsberechtigte von dem dritten Käufer eine Zeitlang Leibgedingsleistungen angenommen habe, noch nicht abgeleitet werden könne *).

---

*) Anmerkung des Herausgebers. Die obige Frage läßt wohl keine allgemeine Entscheidung zu, sondern ihre Beantwortung wird lediglich von der concreten Vertragsstipulation abhängig gemacht werden müssen. Ist der Vertrag so abgeschlossen, daß sich der Verkäufer zu Leistung des Leibgedings ganz allgemein verbindlich erklärt, sey es, daß die Leistung aus dem Gut selbst geschieht, oder hiefür besondere Sicherheitsrechte an das Gut bestellt werden, so treffen die oben zu 2) geltend gemachten Gründe zu. Daraus, daß ein Recht im Vertragswege als dingliches konstituirt wird, folgt an sich gewiß noch nicht, daß es bloß als dingliches geltend gemacht werden wollte und könne, während der Vertrag wenigstens in der Regel principaliter persönliche Rechte begründet und begründen soll. Nur wenn aus den Vertragsbestimmungen in concreto mit Sicherheit zu schließen ist, daß die Absicht die war, bloß ein an das Gut, d. h. gegen den jeweiligen

Digitized by Google

II. Actionssache des Matthäus M.... zu K.... Lanten, Anten, W. Anten, gegen die Gantmasse des Veit H.... das. und Xaver W.... zu K., Laten, Aten, W. Aten,

Leibgedingsforderung betreffend.

Erkenntniß des K. Obertribunals vom 26. Febr. 1821.

Unterm 20. Okt. 1804 veräußerte Matthäus M.... zu K.... und seine Ehefrau ihre Wirthschaft und Lehengüter allda sammt Zugehörde an ihre Tochter Barbara und deren nunmehrigen Ehemann Veit H.... das. für die Summe von 6700 fl. und gegen das Versprechen der Entrichtung verschiedener Leistungen an Früchten und sonstigen Lebensmitteln, insbesondere den vierten Theil des Obstertrags, ferner unter Vorbehalt eines lebenslänglichen, unentgeldlichen Wohnungsrechts. Nach einer Uebereinkunft der Kontrahenten vom 23. Okt. 1807 versprach der Uebernehmer H.... seinem Schwiegervater M... für den Ausgeding eine jährliche Summe von 36 fl. zu bezahlen, wogegen M.... erklärte, „auf allen Ausgeding und Anspruch, welcher in dem Vertrag von 1804 enthalten sey, zu verzichten." Im Jahr 1811 brach gegen Veit H.... der Gant aus, wobei M.... die jährliche Leibgedingssumme von 36 fl. nebst einigen Rückständen hieraus geltend machte, worauf der Anspruch später gegen den Besitzer der Güter, Xaver W...., an welchen solche, nachdem sie aus der Gantmasse verkauft waren, später gelangten, erstreckt wurde. Unter'm 26. Febr. 1821 erkannte das K. Obertribunal:

„daß Ant. M.... mit seinem zu fordern habenden Leibgeding von jährlichen 36 fl., soweit es schon verfallen war, als der Gant über Veit H.... ausbrach, und soweit es fällig wurde, während sich die H'sche Gantmasse im Besitz der betreffenden Güter befand, außer der Ordnung der Gläubiger

---

Besitzer des Guts zustehendes Recht zu begründen, oder dieß in anderer Weise bewiesen wird, oder novirt worden ist, ist die persönliche Klage gegen den nicht mehr besitzenden Käufer ausgeschlossen. Sy.

Digitized by Google

vermöge des ordentlichen Absonderungsrechts zu befriedigen; MitAt. W. aber von da an, wo die H'sche Gantmasse diese Güter zu besitzen aufhörte, und auch künftighin, so lange er im Besitz derselben verbleiben wird, jenes Leibgeding zu entrichten schuldig sey."

Auszug aus den Entscheidungsgründen.

„In dem Uebergabsvertrag vom 20. Okt. 1804 zwischen Matthäus M...r. und seiner Ehefrau einer=, sodann ihrer Tochter und deren zukünftigem Ehemann Veit H.... andererseits haben sich die übergebenden Eltern die lebenslängliche Nutzung bestimmter Gegenstände, namentlich den Aufenthalt in dem hintern Stüble, die Nutznießung der vordern Kammer, den Genuß des Wurzgartens zum vierten Theil ꝛc. ausbedungen. Es sind dieß Rechte auf Sachen oder dingliche Rechte, welche in die Klasse der Dienstbarkeiten und zwar, da sie nur auf die Lebenszeit der übergebenden Eltern ertheilt wurden, in die Klasse der persönlichen Dienstbarkeiten gehören. Außerdem haben sich die übergebenden Eltern von ihrer Tochter und deren zukünftigem Ehemann mancherlei Leistungen, namentlich 4 Vrtl. Korn, 4 Vrtl. Roggen und 25 Pfd. Rindschmalz jährlich, täglich aber ½ Maas Milch, so lange es eine gibt, ferner den vierten Theil des Obstes, auch das Düngen und Bauen der sich vorbehaltenen Güter und die dazu nöthigen Fuhren versprechen lassen. Daß nach der Absicht der den Vertrag schließenden Personen die Verbindlichkeit zu diesen Leistungen als eine dingliche Last auf den übergebenen Gütern haften, mithin nicht bloß diejenigen, mit welchen der Vertrag geschlossen worden, sondern ein jeweiliger Besitzer der Güter dazu verbunden seyn sollte, ergibt sich theils aus den Worten des Vertrags, wenn es darin heißt:

„da übergebende Eltern nicht nur die eigenen Güter, sondern auch den Krautgarten nicht in Kauf gegeben, sondern vor sich behalten haben, so wurde bedungen, daß übernehmende Tochter und ein jeweiliger Wirthschafts=

Digitized by Google

besitzer schuldig und gehalten sey, derlei Güter und Krautgarten zu düngen ꝛc.",

theils aus der Natur der einzelnen Leistungen, indem der Besitz der übergebenen Güter schlechterdings erforderlich ist, um eine bestimmte Quote des Obstertrags derselben an die übergebenden Eltern abreichen zu können."

Hierauf wird weiter ausgeführt, daß die Uebereinkunft von 1807 nicht, wie Beklagterseits behauptet wurde, eine privative Novation enthalte, wodurch das Recht des Anten in ein persönliches Recht verwandelt worden wäre, mit folgenden Gründen:

„1) daß ein Leibgeding ebensowohl in einer Geldabgabe als in dem Nutzungsrecht bestimmter Sachen, oder in der Abgabe gewisser Naturalien oder in gewissen Handlungen bestehen kann;

C. F. Harpprecht jus contractus vitalitii in concursu creditorum, §. 8, Note 7.

Runde, die Rechtslehre von der Leibzucht. Thl. II. §. 32 pag. 400.

2) daß eine privative Novation, d. h. ein Vertrag, wodurch eine alte Hauptverbindlichkeit aufgehoben und eine neue an deren Stelle gesetzt wird, nie vermuthet werden darf, sondern ausdrücklich und mit klaren Worten geschehen, oder wenigstens die neue Verbindlichkeit so beschaffen seyn muß, daß sie durch sich selbst die ältere in ihren wesentlichen Theilen aufhebt;

3) daß in dem vorliegenden Falle das durch den Vertrag vom 20. Okt. 1804 bestellte Leibgeding in der späteren Uebereinkunft vom 23. Okt. 1807 nur in Ansehung des Gegenstandes verändert, dagegen die dingliche Eigenschaft des Leibgedings, den dasselbe kraft des Vertrags vom 20. Okt. 1804 erhalten hatte, in der späteren Uebereinkunft vom 23. Okt. 1807 nicht aufgehoben worden ist."

Digitized by Google

III. **A.S. des Michael Schatz von Vissingen Kl., W. Bekl. Anten, W. Anten, gegen die Pflegschaft des Lorenz und der Franziska Härlin das., Bekl. W. Klin, Atin, W. Atin,**

Alimenten-Ersatz-Forderung in der Vor- und Alimentationsanspruch in der Nachklage betreffend.*)

Erkenntniß des Obertribunals vom 4. Febr. 1857.

Der Wittwer Alois Härlin schloß am 7. Nov. 1828 mit seinem Sohne Jakob Härlin einen Kaufvertrag ab, wonach letzterer das Anwesen des Vaters, bestehend in Haus und einer Anzahl Grundstücke nebst Schiff und Geschirr für die Summe von 1568 fl. erhielt; dem Käufer wurde diese Summe in folgender Weise zu entrichten auferlegt:

An speziell bezeichneten Schulden des Vaters im Ganzen	1068 fl.
Sich selbst Heirathgut abzurechnen	100 fl.
„dem Lorenz und Franziska Härlin (Kindern des Verkäufers, damals 16 und 17 J. alt) als Heirathgut jedem 100 fl.	200 fl.
so auch denen zwei krüppelhaften Geschwistern (Agathe und Marie, beide simpelhaft, im Alter von 19 und 22 Jahren) jedem 100 fl."	200 fl.
	1568 fl.

worauf es wörtlich heißt: „so daß diese 400 fl. von den Geschwistrigen ohne Zins so lange stehen bleiben sollen, weil selbe ihr Brod nicht bei fremden Leuten verdienen können und auf diesem Sächle in Kleidung und Kost verhalten werden müssen ꝛc."

Hierauf folgen Bestimmungen, wie es gehalten werden soll, wenn eines der Kinder noch fähig würde, sein Brod auswärts zu verdienen; sodann daß die Kinder Lorenz und Franziska Betten, „auch die Kammer auf der Bühne zu ihrem Aufenthalt" anzusprechen haben. Sofort folgten die Bestimmungen: daß der Verkäufer sich den lebenslänglichen Sitz im

*) Fingirte Namen und Orte.

Digitized by Google

Hause vorbehalte und dem Sohne die Bei-Allmand gleich zur Nutzung übergebe, wofür der Sohn den Vater in Kost und Kleidern unterhalten müsse, mit Vorbehalt des Rechts des Vaters, im Beschwerdefall die Bei-Allmand wieder an sich zu ziehen oder durch das Waisengericht ein Leibgeding bestimmen zu lassen und, für den Fall der gänzlichen Arbeitsunfähigkeit des Vaters, mit einem Vorbehalt wegen der Kleider. Für den Fall des Todes des Vaters oder eines der Geschwister sollen alle Geschwister gleich erben. Bald nach diesem Vertrag heirathete sich Jakob Härlin mit Errichtung eines Ehevertrags vom 17. März 1829; starb aber schon am 24. April 1829 mit Hinterlassung einer Wittwe, welche, da keine Kinder vorhanden waren, in den Nachlaß succedirte — gegen Herausbezahlung eines ehevertragsmäßigen Rückfalls an den Vater und die vier Geschwister des verstorbenen Ehemanns von im Ganzen 50 fl. laut Theilung vom 17. September 1829. Schon im Nov. 1829 verheirathete sich dieselbe wieder an Michael Schatz; laut Ehe- und Erb-Vertrags vom 30. Nov. 1829 wurde allgemeine Gütergemeinschaft errichtet. Es wurde hiebei als Beibringen der Ehefrau im Ganzen verzeichnet 2463 fl. und davon abgerechnet: Schulden an Gläubiger 1080 fl., sofort die den vier Geschwistern bei dem Kaufvertrag des Jakob Härlin ausgesetzten 400 fl., so daß als reines Beibringen der Frau die Summe von 983 fl. bezeichnet wurde. Des in Frage stehenden Alimentationsverhältnisses geschah keine Erwähnung. Nachdem im Februar 1842 Alois Härlin gestorben war, wurden in der Theilung desselben über das Verhältniß der Kinder, von denen die Marie inzwischen gestorben war, verschiedene Bestimmungen getroffen, welche jedoch, als unsere Frage nicht unmittelbar berührend, bei Seite gelassen werden. Im März 1850 starb auch die Agathe. Es blieben jedoch die beiden jüngeren Geschwister immer noch bei Schatz; die beiden älteren wurden nie arbeitsfähig; die beiden jüngeren konnten einige Zeit lang arbeiten, wurden aber später arbeitsunfähig.

Im Februar 1854 reichte nun Schatz gegen die Kuratel

der beiden Alois Härlin'schen Kinder, Lorenz und Franziska, gerichtliche Klage ein, darauf gerichtet, daß für die beiden Kuranden von Weihnachten 1853 an, wo sie arbeitsunfähig geworden seyen, für Ernährung und Kleidung täglich 20 kr. bezahlt werden; die Klage stützt sich darauf, daß Kläger die beiden Kuranden von Zeit der Theilung, 24. Mai 1842, an bloß um die Arbeit behalten und sonach von der Zeit der Arbeitsunfähigkeit an Ersatz für Alimente zu fordern habe, wobei Kläger die ursprüngliche Verbindlichkeit aus dem Vertrag von 1828 als eine bloß persönliche, die Kinder gegen den Genuß ihres Vermögens und unter der Voraussetzung ihrer Arbeitsfähigkeit zu verpflegen, darstellt, welche jedoch durch die bei der Theilung von 1842 geschehene Ausscheidung ihres Vermögens und Stipulation einer Verzinsung aufgehört habe. Auch wurde noch im Verlauf der Verhandlungen geltend gemacht, daß nach der württembergischen Gesetzgebung die Konstituirung derartiger Reallasten überhaupt nicht mehr zulässig sey (unter Berufung auf Reyscher Württ. P.-R., I. §. 256) und der Beklagte nach Art. 15 des Gesetzes vom 21. Mai 1828 gegen diese Last geschützt sey. Beklagterseits wird geltend gemacht, daß die Alimentation eine auf dem verkauften Gut haftende — dingliche — Last bilde, mit der Behauptung, daß Jakob Härlin wegen dieser Last das Gut um die Hälfte des wahren Werths erhalten habe. Auf den Grund dessen stützte der Pfleger auch die Widerklage, daß der Vorkläger schuldig sey, die beiden Härlin'schen Kinder gegen den Zinsengenuß aus ihrem Vermögen lebenslänglich frei zu verköstigen.

Schon das Oberamtsgericht erkannte in Beziehung auf Vor- und Widerklage gegen Schatz. Der Gerichtshof bestätigte dieses Erkenntniß dahin:

1) Abweisung der Vorklage;
2) Verurtheilung des Nachbeklagten, die Verbindlichkeit, die beiden Kuranden gegen den Zinsengenuß von ihrem Vermögen lebenslänglich in Kost und Kleidung zu erhalten, als eine auf dem von ihm dermalen besessenen

Digitized by Google

Gut ruhende dingliche Last anzuerkennen und dieselbe, so lange er Besitzer dieses Guts seyn werde, zu erfüllen.

Die Dinglichkeit der Last leitet der Gerichtshof ab:

1) aus den Worten des Vertrags — auf diesem Sächle — welche nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch auf das Gut, nicht die Schuld von 400 fl. zu beziehen seyen, sowie das Wort „auf" für das Gut, nicht für eine Aktivforderung zutreffe, zumal da unter den Stipulationen auch die Wohnung begriffen gewesen sey;

2) daraus, daß vier Personen unmöglich aus dem Ertrag von 400 fl. hätten versorgt werden können, da hienach täglich nicht einmal ein Kreuzer auf Jedes komme und selbst der Grundstock nicht zur Alimentation der vier Personen nach ihrem damaligen Alter habe genügend erscheinen können und daher anzunehmen sey, daß die Ausgleichung in dem Kaufschilling gelegen gewesen;

3) aus der Verbindung des Satzes, daß die Kinder ihr Brod nicht bei fremden Leuten verdienen können, mit dem Satz — auf dem Sächle — was auf einen Kausalzusammenhang hinweise;

4) aus dem Zusammenhang der Alimentation mit dem Umtrieb des Guts, aus der anzunehmenden Absicht des Uebergebers, durch dingliche Radizirung die Kinder sicher zu stellen, endlich aus der in Verbindung mit der Alimentation stehenden Stipulation eines Wohnungsrechts.

Das Obertribunal erkannte auf die von dem Vorkl. Widerbekl. erhobene Berufung am 4. Febr. 1857 rejektorisch. Von den Entscheidungsgründen des Obertribunals wird folgendes ausgehoben:

„Der Vertrag vom 7. Nov. 1828 war nicht bloß ein einfacher Kaufvertrag mit Schuldenverweisung, sondern hatte die Natur des häufig unter dem Namen Vermögensübergabe vorkommenden Rechtsgeschäfts, wodurch der Familienvater sein Besitzthum an ein Familienglied, zwar in Form eines Kaufs hingibt, welchem aber hauptsächlich die Absicht

Digitized by Google

zu Grund liegt, die künftigen Verhältnisse der ganzen Familie bezüglich des Unterhalts, der Ausstattung und des Erbrechts zu ordnen und sicher zu stellen, wozu in dem vorliegenden Fall der körperliche und geistige Zustand der vier Geschwister des Uebernehmers besonders dringenden Anlaß gab. Hieraus, sowie aus Fassung und Inhalt des ganzen Vertrags ergibt sich, daß alle bezüglich jener Verhältnisse getroffene Bestimmungen im engsten Zusammenhang stehen. Dieser Zusammenhang besteht theils zwischen den Bestimmungen über die Unterhaltung der verschiedenen Familiengenossen und den Erwerb des auf den Käufer übergegangenen Anwesens, theils zwischen jenen Bestimmungen unter sich. Für den Uebergeber ist der lebenslängliche Sitz im Hause vorbehalten und ein Aufenthaltsrecht der beiden jüngeren Geschwister in der Bühnekammer stipulirt. Derartige Wohnungsrechte sind im Zweifelsfall als dingliche anzusehen. Wenn hinsichtlich des Aufenthalts der beiden älteren Geschwister nichts bestimmt ist, so kann dieß bei den vorliegenden Verhältnissen keinen andern Grund haben, als daß man den Aufenthalt derselben im Haus als etwas sich von selbst Verstehendes ansah. Ferner ist die für den Uebergeber stipulirte Reichung der Kost und Kleider mit besonderer Beziehung auf den Genuß der Bei-Allmand, sowie die eventuellen Vorbehalte der Zurückziehung der Bei-Allmand oder Bestimmung eines Leibgedings, welche von dem Waisengericht nur mit Begründung auf die Bei-Allmand oder das übergebene Anwesen überhaupt erfolgen konnte, unzweifelhaft dinglicher Natur. Was dagegen die Bestimmung über Reichung der Kost und Kleidung für die vier Kinder betrifft, so begründet schon der Umstand, daß solche durch die Unfähigkeit derselben, ihr Brod bei fremden Leuten zu verdienen, motivirt wurde, einen Zusammenhang mit den übergebenen Realitäten; denn der natürliche Gegensatz des für unmöglich erklärten Broderwerbs bei fremden Leuten liegt in einer mit dem übergebenen Anwesen verbundenen Unterhaltung jener Kinder. Hiezu kommt noch, daß die Unterhaltung in Kost und Kleidern im engsten Zusam-

Digitized by Google

menhang mit dem Wohnungsrechte derselben, sowie mit den für den Uebergeber stipulirten Leistungen steht. An diese allgemeine Auffassung des Verhältnisses knüpfen sich sofort die Ausführungen des vorigen Richters über die Bedeutung der einzelnen Bestimmungen des Vertrags, insbesondere der Worte auf diesem Sächle an, welchen nur noch beizufügen ist, daß die den Geschwistern ausgesetzte Summe von 400 fl. auch um deßwillen nicht als für eine ausschließliche Alimentation derselben bestimmt angesehen werden kann, weil auch dem Uebernehmer, wie jedem der vier Geschwister eine Summe von 100 fl. ausgesetzt wurde, jene 400 fl. dagegen, weil sie auf dem Gut stehen bleiben sollten, immer noch als einen Theil desselben bildend angesehen werden können, sonach den Worten auf diesem Sächle am natürlichsten eine allgemeine Beziehung auf alles, was der Käufer durch den Uebergabsvertrag erhielt, gegeben wird. Endlich spricht auch der Umstand, daß das Verhältniß nach dem Tode des Jakob Härlin, nach der Wiederverheirathung der Wittwe desselben mit dem jetzigen Kläger und nach dem Tod des Vaters, selbst dann, als die Erhaltung der Kinder immer lästiger wurde, unverändert fortdauerte, ohne daß bei den betreffenden Akten etwas hierüber bemerkt oder ein Versuch gemacht wurde, demselben ein Ende zu machen, dafür, daß die Last als eine auf dem Besitz des übergebenen Anwesens ruhende angesehen wurde. Der von dem Anten in der Beschwerdeschrift dieser Instanz berührte Zweifel, ob nach der neuen Gesetzgebung die Konstituirung derartiger Reallasten überhaupt zulässig sey, entbehrt so sehr allen Grundes, daß es einer Widerlegung desselben nicht bedarf. Was aber die Berufung auf den Art. 15 des Gesetzes vom 21. Mai 1828 betrifft, so kann von einer Anwendung dieser gesetzlichen Bestimmung schon um deßwillen nicht die Rede werden, weil es sich in dem vorliegenden Fall gar nicht um ein solches Rechtsgeschäft handelt, wie in dem gedachten Gesetz vorausgesetzt wird *) und ins-

*) Dieser Artikel lautet so: „Wer auf den Grund des Güter-

besondere die Last dem Erwerber nicht unbekannt gewesen seyn kann.

Bemerkungen des Herausgebers.

Der vorstehende Rechtsfall zeigt, daß es nirgends nöthiger wird, Verträge in ihrem Zusammenhang und mit Rücksicht auf die Natur der einschlägigen Verhältnisse aufzufassen und zu würdigen, als wenn solche unvollständig, ungenau und konfus gefaßt sind. Obgleich gewiß Jeder, der die Verhältnisse und Gewohnheiten des Landvolks aus Erfahrung kennt, die vollständige Ueberzeugung haben wird, daß alle Betheiligte vom Vertrag an bis zum Prozeß davon ausgingen, daß die vier Kinder in so weit und in so lange, als nicht etwa die Menschennatur das Uebergewicht über den Kretinismus erlange, das Angebinde des erworbenen Guts seyn und bleiben sollen, so hätte sich doch vielleicht eine andere Entscheidung des Falls finden lassen, welche nicht nur viel leichter und einfacher, sondern auch einleuchtender gewesen wäre, wenn man den Vertrag in seinen einzelnen Bestimmungen und Ausdrücken unter Anwendung der dann am Ende immer nöthig werdenden allgemeinen und Nothhilfsregeln über Beweispflicht und Auslegung analysirt hätte. Allein gerade diese Methode führt bei Verträgen, wie sie oben bezeichnet wurden, am leichtesten von einem gesunden Urtheil ab und sollte da-

---

buches und des Unterpfandbuches, oder der nach Art. 58. 59 des Pfandgesetzes in den dort bestimmten Fällen das Güterbuch vertretenden Urkunden in gutem Glauben und unter beschwerendem Titel, Eigenthum oder andere dingliche Rechte übertragende, durch die zuständige Stelle bestätigte Verträge abgeschlossen hat, ist nach Vollziehung der Letzteren gegen unbekannte Ansprüche Dritter auf gleiche Weise, wie der Hypothekargläubiger, gesichert. — Die Rechtsnachfolger des Ersteren treten in eben dieselben Verhältnisse, wie die Rechtsnachfolger des Hypothekargläubigers.“ Es klingt in der That fast wie Ironie, wenn man, wie es gemeint gewesen zu seyn scheint, den Ehevertrag des Schatz, wodurch dieser die Last mit der Frau und dem Beibringen derselben überkam, als einen unter beschwerendem Titel abgeschlossenen ansehen wollte.

Digitized by Google

her erst dann eingeschlagen werden, wenn es gar nicht möglich wird, aus dem inneren Zusammenhang und der Natur der Verhältnisse ein sicheres Resultat zu ziehen. Allerdings lauft man bei dieser Behandlung eines Rechtsstreits andererseits Gefahr, unvermerkt den Eindrücken einer moralischen Ueberzeugung zu verfallen. Diese Gefahr vermindert sich jedoch sehr, wenn man die aus der Natur der Verhältnisse geschöpften Reflexionen Schritt vor Schritt an die gegebenen Bestimmungen und Ausdrücke des Vertrags und besonders die Handlungen und Aeußerungen der Betheiligten, welche mit ihrer eigenen Auffassung derselben in Beziehung stehen, anschließt. Am wenigsten bedenklich ist übrigens jene Behandlungsweise da, wo, wie hier, von keinem juristischen Bewußtseyn die Rede seyn kann; denn es ist klar, daß in dem vorliegenden Fall keines der Betheiligten sich die Bedeutung und Folgen der Dinglichkeit in der Art klar gemacht haben kann, wie sie in einem Prozeß erörtert werden. Es handelte sich immer nur um die Frage: wurde die Verbindlichkeit im Zusammenhang mit dem Gutserwerb konstituirt und ging man davon aus, daß sie im Zusammenhang mit dem Gutsbesitz erfüllt werde. Uebrigens wird noch bemerkt, daß wenn man auch die in Frage stehende Alimentationslast nicht als eine dingliche, sondern als eine persönliche annimmt, doch um deßwillen gegen den Kläger zu erkennen wäre, weil die dem Jakob Schatz obliegende persönliche Verbindlichkeit auf dessen Ehefrau als vertragsmäßige Allein-Erbin desselben und von dieser sofort in Folge des mit dem Kläger eingegangenen Gütergemeinschaftsvertrags, wodurch natürlich die fragliche Verbindlichkeit der Frau auch eine Verbindlichkeit des Ehemanns wurde, auf diesen übergieng und von ihm so lange erfüllt werden muß, als sie nach dem Uebergabsvertrag von Schatz selbst hätte erfüllt werden müssen. Dieser Grund konnte jedoch nicht herbeigezogen werden, weil in den vorigen Instanzen lediglich über die Frage der Dinglichkeit verhandelt und erkannt worden war.

Digitized by Google

IV. A.S. des Michael Z.... von A., Klägers, Aten, nun Anten, gegen die vier ledigen Söhne des Andreas Michel B... von da, Bekl., Anten nun Aten,

Freiheit von einem Wohnungsrecht betreffend.

Erkenntniß des K. Obertribunals vom 10. Dezember 1853.

Unterm 1. April 1847 übergab Andreas Michael B.... seinem ältesten Sohne Johann Georg B.... Haus und Güter käuflich und behielt sich unter Anderem in der Stubenkammer eine Liegerstätte bevor. In einem weiteren §. 8 wurde bestimmt:

„die noch ledigen Brüder des Käufers haben die Kammer oberhalb der Stubenkammer zu ihrem Aufenthalt und zu Aufbewahrung ihrer Effekten bis zu ihrer Verheirathung anzusprechen ꝛc. ꝛc.; auch ist denselben bei kranken Tagen vom Käufer warme Logis und Hausmannskost unentgeldlich zu verabreichen."

Im Jahre 1849 vertauschte Johann Georg B.... sein Haus an Balthasar On... und dieser verkaufte sofort das eingetauschte Haus an Michael Z.... In dem Tauschvertrag zwischen Johann Georg B.... und Balthasar On... wurde bestimmt, daß Johann Georg B.... seinen Vater zu sich in sein neu ertauschtes Haus nehme. Hinsichtlich des den Brüdern vorbehaltenen Wohnungsrechts wurde nichts bestimmt. Im Jahre 1853 trat sofort Michael Z.... gegen die vier ledigen Söhne des Andreas Michel B.... klagend auf, dahin, daß denselben das angesprochene Wohnrecht auf seinem von Balthasar On... erkauften, ursprünglich B....schen Hause nicht zustehe.

Das Oberamtsgericht M. erkannte am 22. Febr. 1853 „daß den Beklagten kein Wohnrecht in dem Hause des Klägers zustehe."

Der Gerichtshof sprach am 29. Juli ein abänderndes, den Kläger mit seiner Klage abweisendes Erkenntniß aus.

Auf die von dem Kläger erhobene Berufung erkannte das Obertribunal am 10. Dezbr. 1853 rejektorisch dahin, daß der Kläger mit seiner Klage abzuweisen sey und den

Digitized by Google

Beklagten das Recht zustehe, die in dem Hause des Klägers über der Stubenkammer befindliche Kammer zu ihrem Aufenthalte, sowie zu Aufbewahrung ihrer Effekten bis zu ihrer Verheirathung zu benützen.*)

Auszug aus den Entscheidungsgründen des Obertribunals.

„Zuvörderst kann es, wie schon der K. Gerichtshof bemerkt hat, keinem Bedenken unterliegen, daß die Beklagten, ungeachtet sie bei dem Abschluß des Vertrags vom 1. April 1847 nicht persönlich mithandelten, durch den §. 8 dieses Vertrags gleichwohl ein Recht erworben haben; denn aus der ganzen Natur des fraglichen Wohnungsrechts, sowie aus dem Zwecke, welcher durch diese Vertragsbestimmung erreicht werden sollte, ergibt sich, daß der Vater der Beklagten in dieser Hinsicht nicht für sich, sondern für die Beklagten, und als deren natürlicher Vertreter kontrahirt hat.

Belangend sodann die weitere Frage, ob mit jener Vertragsbestimmung blos eine, die Person des Gutsübernehmers berührende persönliche Verbindlichkeit, oder eine, auf dem elterlichen Hause der Bekl. haftende persönliche Dienstbarkeit begründet worden ist, so ist so viel als unzweifelhaft anzunehmen, daß bei Abschluß des Vertrags vom 1. April 1847, als Andreas Michel B.... seinem Sohne Johann Georg B.... sein ganzes Bauerngut, Haus und Güter, übergab, auch für die anderen vier Söhne des Andreas B...., die Bekl., Vorsorge getroffen werden wollte. Sie sollten, so lange sie ledig und ohne ein eigenes Anwesen seyen, im elterlichen Hause wenigstens das allernothwendigste Obdach erhalten. Wie wenig dieser Absicht mit einer bloß persönlichen, auf die Person des Gutsübernehmers beschränkten Verbindlichkeit entsprochen, und wie wenig die Bekl. auf diese Weise gegen mögliche Wechselfälle gesichert gewesen wären, hat schon der vorige Richter gezeigt. Der Gutsübernehmer konnte zum

*) Der Punkt der Verpflegung in kranken Tagen wurde nicht Gegenstand der Verhandlung.

Verkauf des Hauses schreiten und später außer Stand seyn, die Beklagten zu entschädigen, oder ihnen eine andere Wohnung zu verschaffen. Für die passiv dingliche Natur des den Beklagten vorbehaltenen Rechtes spricht vielmehr, daß im Vertrag vom 1. April 1847 ausdrücklich die über der Stubenkammer befindliche Kammer als Gegenstand dieses Rechts bezeichnet ist, welches mithin nur von dem jeweiligen Besitzer des Hauses gewährt werden konnte, und daß es in dem Vertrage zwischen Johann Georg B.... und Balthasar On.... heißt: „sonst bleiben auf jeder Seite die bisherigen Wohnungsrechte", woraus zu ersehen ist, daß man die fragliche Verpflichtung dem On.... nicht auf's Neue auferlegen, sondern nur ausdrücken wollte, daß sie mit dem Hause auf ihn übergehe. — Ueberhaupt werden derartige, bei der Uebergabe eines Bauerngut's vorbehaltene Rechte, wie Leibgeding, freier Aufenthalt im Hause, welche, wie im vorliegenden Falle, neben dem mäßigen Kaufschilling als Gegenleistungen des Gutsübernehmers erscheinen, in der Doktrin und Praxis für die Regel als dingliche Rechte angenommen."

Bolley, Comment. zum Pfandgesetz, Bd. I. S. 75, 76."

Es folgt nun eine weitere Ausführung, welche sich auf die besondern Verhältnisse des vorliegenden Falles bezieht, so namentlich, daß mos regionis für die Annahme der Dinglichkeit spreche.

„Da es sich sodann blos von einer persönlichen Dienstbarkeit, welche auf das B....sche Wohnhaus keine bleibende, sondern mit der Verheirathung der Beklagten, jedenfalls mit ihrem Tode aufhörende Last gelegt hat, handelt; so war zu der gültigen Bestellung desselben, das im Landrecht Thl. II. Tit. 9. §. 10 erwähnte gerichtliche Erkenntniß nicht erforderlich,

Griesinger, Comment. Bd. I. S. 547,

Hufnagel, Mittheilungen, neue Folge, S. 131,

und steht auch in dieser Beziehung dem Anspruch, wie ihn die Beklagten der negatorischen Klage des Klägers gegenüber geltend machen, nichts im Wege."

Digitized by Google

V. Ationssache des Gottfried L.... von H.... Lnten, Aten, nun Anten, gegen H. K.... von da und Genossen, Mit-Lnten, Anten, nun Aten, Vorzugsrecht im Gante betreffend.

Erkenntniß des K. Obertribunals vom 7. März 1851.

L. H. K.... von H.... verkaufte am 3. Juni 1846 an Johann L...., den Sohn des Anten Gottfried L...., ein Söldnergut in H.... um 1520 fl. Der Ant, der sein Gut in M.... verkauft hatte, trat den Erlös daraus an den Verkäufer K.... ab, welcher davon die Schulden des Anten bezahlen, und den Rest an dem Kaufschilling in Abzug bringen sollte. Soweit hiedurch dieser nicht getilgt werde, sollte Käufer Johann L.... ein Anlehen aufnehmen, und damit den Rest des Kaufschillings von 1520 fl. abtragen. Für die richtige Zahlung desselben machte sich der Ant als Bürge, Selbstschuldner und Selbstzähler verbindlich. Auch wurde sich von dem Verkäufer das Pfandrecht vorbehalten. Am 22. Juli 1846 wurde über diesen Vertrag gemeinderäthlich erkannt. Am 12. Januar 1847 kam zwischen dem Vater Gottfried L.... und seinem Sohne Johann L.... ein Vertrag zu Stande, wornach der Sohn dem Vater neben einem auf dem von K.... erkauften Gute eingeräumten Wohnungsrecht und kleinen Gütergenuß ein in verschiedenen Naturalleistungen bestehendes jährliches Leibgeding (alles zusammen später im Wege der Uebereinkunft zu 600 fl. taxirt) reichen sollte. Am 8. Februar 1847 wurde dieser Vertrag zur Insinuation vor den Gemeinderath gebracht. Nach dem gemeinderäthlichen Protokoll von jenem Tage sprach sich der Vater L.... dahin aus, daß das Leibgeding auf das von dem Sohne erkaufte Gut gelegt seyn soll, wogegen der Käufer protestirte, worauf der Gemeinderath, ohne jedoch sich über eine Bestätigung des Vertrags bestimmt auszusprechen, gerichtlich erkannte. Am 10. Februar 1847 fand zwischen dem Verkäufer K.... und Johann L.... eine Abrechnung statt, nach welcher dieser jenem an dem Kaufschilling 631 fl.

Digitized by Google

26 kr. schuldig blieb, welche nach einer Quittung des Verkäufers vom 8. Juni 1847 mit einem Anlehen vollständig bezahlt worden sind. Dieses Anlehen wurde bei der Wittwe des Apothekers D.... in N.... von Johann L.... aufgenommen, und derselben laut Pfandscheins vom 7. Juni 1847 das Söldnergut, das er von K.... erkauft hatte, verpfändet. Von den Leibrenten, welche sein Vater sich ausbedungen, ist in dem Pfandscheine nichts enthalten, auch findet sich hierüber weder im Güter-, noch im Unterpfandsbuch von H.... ein Eintrag. Johann L.... gerieth in Gant. Bei der Liquidation forderte der Leibgedingsberechtigte Gottfried L.... die Befriedigung der nach dem Leibgedingsvertrag ihm zustehenden Ansprüche als Realberechtigter, während die Aten, und zwar der gewesene Schultheiß Friedrich R.... als Bürge der Apotheker D....'s Wittwe, H. K.... und L. C.... aber als Rückbürgen dieses die Dinglichkeit bestritten. Die übrigen Gläubiger des Johann L.... schlossen über die Befriedigung ihrer Forderungen einen Vergleich ab.

Unterm 4. Mai 1849 wurde nun von dem Oberamtsgerichte ausgesprochen, daß die von dem Kläger durch den Vertrag vom 12. Januar 1847 erworbenen Rechte als dingliche Rechte auf der Liegenschaft haften, welche Johann L.... am 3. Juni 1846 von H. K.... erkauft habe. Nach der Gantverweisung wird die Wittwe D.... vollständig befriedigt, wenn Gottfried L.... kein Realrecht hat, in welchem Falle dagegen dieser mit seinem Anspruche ganz unbefriedigt bleibt.

Auf die von dem Bürgen der Wittwe D.... erhobene Berufung erkannte der Gerichtshof unterm $\frac{18.\ \text{Sept.}}{23.\ \text{Okt.}}$ 1850 dahin abändernd: daß der At mit seinem Leibgedingsanspruch als einer Reallast auf dem Gemeinschuldner'schen Gute abgewiesen werde.

Auf die von Gottfried L.... erhobene Berufung erkannte das Obertribunal unterm 7. März 1852 rejektorisch.

Digitized by Google

Auszug aus den Entscheidungsgründen des K. Obertribunals.

I. „Man kann die Fragen: ob das Leibgeding, welches sich Gottfried L...., der Ant, für sich und seine Ehefrau durch den Vertrag vom 12. Januar 1847 mit seinem Sohne Johann L.... ausbedung, als eine Reallast auf dem von dem Letzteren von einem Dritten erkauften, nunmehr aus seiner Gantmasse an H. K.... und L. C.... in H.... verkauften Gute bestellt worden, ob zur Giltigkeit dieses Vertrags die gerichtliche Bestätigung erforderlich gewesen, und ob eine solche in der gemeinderäthlichen Verhandlung vom 8. Febr. 1847 erfolgt sey oder nicht? unentschieden lassen, da, wenn man sie auch alle zu Gunsten des Anten Gottfried L.... entscheiden würde, dieser Anspruch der Wittwe des Apothekers D.... in N.... gegenüber, welcher das fragliche Gut für ein Anlehen von 700 fl. laut Pfandscheins vom 7. Juni 1847 verpfändet worden ist, ohne daß hiebei wegen des Leibgedings des Anten und seiner Ehefrau eine Bemerkung gemacht wurde, keine Beachtung finden kann.

II. Nach dem Pfandgesetz vom 15. April 1825 Art. 74 und 75, kann derjenige, welchem hinsichtlich der verpfändeten Sache ein Recht zusteht, dasselbe, wenn er es vor der Eintragung des Unterpfandsrechts dadurch, daß er die Bemerkung seines Anspruchs in dem Unterpfandsbuche oder dem Güterbuche bewirkt, nicht gewahrt hat, nachher gegen den eingetragenen Pfandgläubiger nicht mehr geltend machen. Nun hat aber der Ant seinen Anspruch weder in das Güterbuch, noch in das Unterpfandsbuch eintragen lassen, und das Kaufbuch, in welchem der Vertrag vom 12. Januar 1847 eingetragen ist, vertritt in H.... nicht die Stelle des Güterbuchs, da dort ein solches vorhanden ist ꝛc."

Ueber die nach den Entscheidungsgründen unentschieden gebliebene Frage, ob zur Giltigkeit des Leibgedingsvertrags die gerichtliche Bestätigung erforderlich gewesen sey, kam folgende Ausführung zu den Akten.

Digitized by Google

Es handelt sich in dem vorliegenden Falle nicht von einem Leibgeding, das sich Gottfried L.... auf einem seinem Sohne Johann L.... übergebenen unbeweglichen Vermögen vorbehalten hätte, sondern von einem Leibgeding, das sich jener gegen die Uebergabe seines in einem Aktivposten und einigen Fahrnißgegenständen bestandenen Vermögens an den Letzteren ausbedungen hatte, und das nach seiner Behauptung als eine Reallast auf dem Grundeigenthum seines Sohnes bestellt worden seyn soll, welches dieser von einem Dritten käuflich erworben hatte.

Nach der durch den §. 2 der K. Verordnung vom 19 Juni 1808 nicht abgeänderten Bestimmung des Landrechts Th. 2. Tit. 9. §. 10. Gleicher Gestalt ꝛc. sollen ohne der Gerichte Vorwissen und Erkandtnuß liegende Güter mit neuen Dienstbarkeiten und Zinsen nicht beschwert, viel weniger einig Gut umb ewig unablöslichen Bodenzinnß oder Landgarben hingegeben, noch verkauft werden, und derselbe Kontract oder Handlung nichtig und von Unwürden seyn. Doch soll nach dem darauffolgenden §. 11. Doch wann ꝛc. ein Verkäufer bei der Kaufhandlung sich oder seinen Erben einige Dienstbarkeit, jährlichen Zins oder Gült auf der verkauften Sache ausbedingen dürfen, „sofern es rechtmäßiglich fürgegangen sey."

Ueber die Auslegung dieser Gesetzesstellen sind die Rechtslehrer im Streit.

Bolley, Das Wichtigste über die Rechtsverhältnisse württembergischer Unterthanen. S. 262.

Reinhardt, Kommentar zum württembergischen Landrecht Bd. I. S. 187.

Reyscher, Württembergisches Privatrecht. Bd. I. S. 454.

nehmen an, daß das Auflegen eines unablöslichen Zinses überhaupt verboten sey, während

Wächter, Württemb. Privatrecht Bd. I. S. 166. not. 34. S. 474, 475.

Griesinger, Kommentar zum Württemb. Landrecht. Bd. II. S. 547—549.

die Auflegung ewiger Zinsen und Gülten auf ein Gut mit

Digitized by Google

Erlaubniß und Erkenntniß des Gerichts für statthaft erklären, wenn der Eigenthümer sie auf seine Güter legt (census constitutivus) oder wenn Jemand ein Gut verkauft und neben dem Kaufpreise sich noch einen jährlich auf das Gut zu legenden Zins vorbehält, so daß also nur der Vertrag verboten worden sey, wodurch der ganze Kaufpreis in einen auf das Gut zu legenden Zins verwandelt worden. Hiemit scheinen auch übereinzustimmen:

Lauterbach diff. ad J. P. W. lib. II. tit. 9. §. 14.
Plebst ad J. P. disp. 2. thes. III.

Darüber, ob zur Giltigkeit der Konstituirung eines unablösbaren Zinses die gerichtliche Bestätigung gesetzlich erforderlich sey, spricht sich Wächter a. a. O. nicht aus. Man wird aber bei den angeführten Worten des Landrechts, insbesondere des Wortes „vielweniger", diese Frage unbedenklich bejahen müssen. Und eben dieses wird auch von einer auf eine Zeit bestellten Reallast gelten müssen. Dieser Ansicht müssen auch Bolley, Reinhardt und Reyscher zugethan angenommen werden, weil sonst die oben angeführten Stellen des Landrechts, insoferne sie auf Reallasten sich beziehen, und das Erforderniß der gerichtlichen Bestätigung zu Konstituirung derselben verlangen, keine Bedeutung hätten. (?)

Reyscher a. a. O. Bd. II. §. 442 sagt auch: es sey gerichtliche Insinuation nothwendig, wenn das Leibgeding als eine Reallast auf ein Gut gelegt werden soll, und beruft sich auf Bd. I. §. 156, wo er unter Beziehung auf das Landrecht 2. Thl. Tit. 13. §. Wir wöllen ꝛc. und Thl. 2. Tit. 9. §. Gleichergestalt ꝛc. vorträgt: ebenso konnte durch Rentenkauf eine ablösliche Rente auf ein Grundstück gelegt werden; doch bedurfte eine solche Uebereinkunft zu ihrer Giltigkeit gerichtliche Bestätigung. Zwar bemerkt Griesinger a. a. O. S. 547: es sey in der angeführten Stelle des Landrechts nur von Realdienstbarkeiten die Rede und von Realzinsen, die ewig auf einem Gute haften, nicht von persönlichen Dienstbarkeiten und Zinsen. Und Reyscher a. a. O. Bd. II. §. 303 in der Lehre von Dienstbarkeiten sagt: eine Dienst-

Digitized by Google

barkeit könne durch Vertrag errichtet werden, wozu jedoch bei Realdienstbarkeiten noch gerichtliche Bestätigung kommen müsse, welche verweigert werden könne, wenn die Servitut entweder für das Gemeinwesen oder für den Einzelnen Nachtheile zur Folge hätte. Auf persönliche Dienstbarkeiten beziehe sich aber die obige Beschränkung nicht, hier bedürfe es also nur der gewöhnlichen gerichtlichen Insinuation (wobei er sich auf Griesinger beruft).

Reyscher a. a. O. §. 295.

Unter Realdienstbarkeiten sind nur diejenigen zu verstehen, welche einer unbeweglichen Sache zukommen. Es ist aber klar, daß hier Reyscher nicht von Reallasten spricht, sondern nur von den römisch rechtlichen persönlichen Servituten, dem ususfructus, usus und der habitatio, und ebenso wird auch Griesinger aufzufassen seyn, wie aus der Bemerkung hervorgeht, wo er von persönlichen Zinsen und Dienstbarkeiten spricht. (?)

Nun ist dem Gottfried L.... und seinem Eheweibe ein Wohnungsrecht und ein kleiner Gütergenuß eingeräumt, was unter den Begriff einer persönlichen Dienstbarkeit fällt (?), der weit bedeutendere übrige Theil des Leibgedings aber ist eine deutschrechtliche Reallast. (?) Dort würde also der Leibgedingsvertrag auch ohne gerichtliche Bestätigung giltig seyn, und es wäre nur die gewöhnliche rechtspolizeiliche gerichtliche Insinuation nothwendig; hier aber würde derselbe erst durch die gerichtliche Bestätigung, das gerichtliche Erkenntniß hierüber, rechtlich giltig."

Bemerkungen des Herausgebers.

So viel geht aus Vorstehendem hervor, daß in der fraglichen Materie nicht eben viele Klarheit und Präzision zu finden ist. Vor Allem ist die Subsumtion der Leibgedings- und Wohnungsrechte unter die fraglichen Gesetze nicht so unzweifelhaft. Jene Rechte können natürlich nicht unter den Begriff von römischrechtlichen Realservituten — ubi praedium praedio servit — gestellt werden; auch die Subsumtion unter

Digitized by Google

die römischen Personalservituten (ubi res personae servit) ususfruct. habitatio wäre nicht durchaus zutreffend. Es haben auch solche Leibgedings- ꝛc. Rechte jedenfalls das Eigenthümliche, daß sie ebensowohl bloß gegenüber von der Person des betreffenden Kontrahenten stipulirt werden können, in welchem Fall natürlich von einer Subsumtion unter die fraglichen Rechtsverhältnisse keine Rede werden kann; immerhin aber wird solche da begründet seyn, wo sie auf das Gut, aus welchem das Leibgeding zu reichen ist, — das Haus, auf welchem das Wohnungsrecht bestellt wird, selbst radicirt — als dingliche Last auf dem verkauften Gut, beziehungsweise Haus vorbehalten, oder auch sonst — außer dem Fall eines Verkaufs auf ein Gut, beziehungsweise Haus konstituirt werden, da man unter dem Ausdruck des Gesetzes — Dienstbarkeit — auch eine solche für die Person erworbene Reallast verstehen kann. Es wäre auch in der That um so bedenklicher, derartige Rechte ganz von der Nothwendigkeit der Insinuation auszunehmen, als sie von wesentlichem Einfluß auf die Rechte der Gläubiger sind und das der Insinuation zu Grund liegende Prinzip zugleich wesentlich auf die Vorsorge für die Rechte Dritter gerichtet ist. Hiefür kann auch die Autorität Wächter's in sofern angeführt werden, als er den allgemeinen Satz aufstellt, daß in der Regel jeder Vertrag, welcher Begründung, Veräußerung oder Aufgebung eines dinglichen Rechts an einer Liegenschaft betreffe, gerichtlich zu insinuiren sey.

Wächter, Handb. Bd. I. S. 303 ff. S. 487 ff.
Wächter, Erörterungen H. I. S. 168 Nr. 30.

Positiv spricht sich hierüber aus:

Reyscher, Württ. Privatrecht Bd. II. §. 442.

welcher sagt, es sey gerichtliche Eröffnung nöthig, wenn das Leibgeding als eine Reallast auf ein Gut gelegt werden wolle. Stellt man jedoch einmal diese Fälle unter die fraglichen Gesetzesbestimmungen, so dürfte es die Konsequenz erfordern, auch zwischen aufgelegten Leibgedingen und Wohnungsrechten und den bloß im Weg des Verkaufs vorbehal-

Digitized by Google

tenen, den in §. 10 und 11 gemachten Unterschied eintreten zu lassen.

Es hat nun aber auch §. 11 verschiedene Auslegungen zu erleiden — besonders in den Worten: sofern es rechtmäßiglich fürgegangen. Griesinger a. a. O. legt ihn so aus, daß hier gerichtliche „Bestätigung" erfordert werde. Ob er aber unter dieser Bestätigung bloß die gewöhnliche Insinuation mit Kognition versteht und ob er auch hier, wie bei §. 10, bloß ewig auf dem Gut haftende Realdienstbarkeiten — nicht bloß persönliche Dienstbarkeiten im Auge hat, darüber spricht er sich nicht aus. Die natürlichste Auslegung der beiden fraglichen Paragraphen dürfte folgende seyn.

§. 10 untersagt zuerst, Häuser oder andere liegende Güter ohne Vorwissen und Erkenntniß mit Dienstbarkeiten und Zinsen zu beschweren. Hiemit ist im Allgemeinen gesagt, ohne dieses Vorwissen und Erkenntniß gilt kein solcher Akt. Hierauf folgt im climax das absolute Verbot, um ewigen, unablöslichen Bodenzins ꝛc. zu veräußern, nicht bloß bei Nichtigerklärung, sondern auch bei Strafe.

§. 11 ist sodann der Vorbehalt einer Dienstbarkeit ꝛc. bei Verkäufen nachgelassen — als giltig erklärt unter der Bedingung: soferne das Geding rechtmäßig fürgegangen. Dieser Satz bildet einen gedoppelten Gegensatz — einmal gegen die erste Nichtigerklärung, dann gegen das zweite absolute Verbot. Der Vorbehalt ist an sich giltig erklärt, wenn er auch ohne Vorwissen und Erkenntniß gemacht wurde; nur muß er „rechtmäßig fürgegangen seyn". Diese Bedingung setzt natürlich eine Prüfung der Behörde voraus, und zwar bei der Insinuation des Vertrags. Solche ausdrücklich festzusetzen, konnte ganz wohl umgangen werden, weil es sich von selbst verstand, daß der Kaufvertrag, in welchem der Vorbehalt stipulirt wurde, zur Insinuation vorgelegt werden müsse. An den natürlich höchst seltenen Fall, daß ein solcher Vorbehalt gar nicht im Kaufvertrag erwähnt werde, dachte man wohl gar nicht. So aufgefaßt, folgt auch ganz natürlich aus dem Gesetz, daß, wenn über

Digitized by Google

einen solchen Vorbehalt nicht besonders erkannt wird, derselbe nicht rechtsbeständig ist. Denn wenn der Gesetzgeber allgemein sagt: ein bei einem Kaufvertrag gemachter Vorbehalt soll gelten, wenn er rechtmäßig vorgegangen — wenn das Gericht (bei der Insinuation) sich hievon überzeugt, so muß unter allen Umständen nachgewiesen werden, daß die gerichtliche Kognition sich speziell hierauf erstreckte. Diese Auslegung trifft ganz mit der etwas anders lautenden Bestimmung in den früheren Landrechten zu, wo gesagt ist: „sofern es vor Gericht gefertigt."

So aufgefaßt wäre der Sinn der beiden Paragraphen der: die Auflage einer Dienstbarkeit ꝛc. auf ein Haus oder Gut ist an sich ungiltig und kann nur mit Genehmigung der Behörde ꝛc. rechtsbeständig geschehen; der bloße Vorbehalt eines solchen Rechts auf einem verkauften Haus oder Gut kann zwar an sich giltig geschehen, aber nur unter der Bedingung, daß solcher bei der Insinuation geprüft und in Ordnung erfunden wird.

Wie aus dem voranstehenden Rechtsfall IV. zu ersehen, hat das Obertribunal angenommen, daß es zur Giltigkeit eines solchen Wohnungsrechts der in L.R. a. a. O. §. 10 geforderten Insinuation nicht bedürfe, und hiefür theils als Grund angeführt, daß es sich hiebei um keine auf das Wohnhaus bleibend gelegte Last handle, theils sich auf Griesinger Komment. I. 547, und auf Hufnagel Mittheilungen II. 131 berufen. Allein die angeführte Stelle bei Griesinger bezieht sich auf §. 10, also auf Fälle, wo gerichtliche Bestätigung nöthig ist und ebenso die in den Mittheilungen von Hufnagel befindliche Ausführung, in welch' letzterer überhaupt das Verhältniß insbesondere der Bestimmungen des §. 10 und 11 nicht scharf aufgefaßt ist. Sodann hat die angeführte Entscheidung des Obertribunals, wie die Ausführung bei Hufnagel, den Fall zum Gegenstand, wo ein derartiges Recht bei einer Vermögensübergabe vorbehalten wurde. Bei dieser Art von Rechtsgeschäften hat es die besondere Bewandtniß, daß es in der Regel vor dem

Digitized by Google

Waisengericht vor sich geht, und daß nach dem Notariatsedikt bei den unter waisengerichtlicher Autorität vorgenommenen Theilungen und den solche vertretenden oder eigentlich präoccupirenden Vermögensübergaben, wo solche Vorbehalte gewöhnlich vorkommen, überhaupt keine Insinuation erfordert wird, indem hier die waisengerichtliche Bestätigung die Insinuation ersetzt und es wäre wirklich sonderbar, wenn man in diesem Fall für den Vorbehalt eine Insinuation bei dem Gemeinderath fordern wollte, während solche bezüglich der Eigenthumsveränderung selbst nicht nöthig ist.

Als Resultat für unsere Leibgedings- und Wohnungsrechte im Ganzen ergibt sich sonach folgendes. Solche Rechte bedürfen, wenn sie in dinglicher Eigenschaft auf ein Gut beziehungsweise Haus radizirt werden, der Regel nach einer Mitwirkung der für Insinuation zuständigen Behörden; sie erfordern zu ihrer Giltigkeit eine vorgängige förmliche Genehmigung, wenn sie aufgelegt werden; wenn sie dagegen blos im Wege des Verkaufs vorbehalten werden, so ist zu ihrem Rechtsbestand wenigstens nachträgliche Insinuation und Kognition erforderlich. Diese Bedingung wird bei den die Stelle einer Theilung vertretenden vor dem Waisengericht vorgenommenen Vermögensübergaben durch die Autorität des Letzteren ersetzt. Sy.

VI. A.S. des David B... zu B., Vindikanten, Aten, nun Anten gegen Bernhard M.... von D., Lnten, Anten nun Aten, Absonderungsrecht betreffend.

Erkenntniß des Obertribunals vom 20. April 1850.

David B... in B. verkaufte unter'm 18. September 1841 an seinen Sohn Clemens B... seine Liegenschaft nebst Fahrniß um 1350 fl. unter Vorbehalt eines lebenslänglichen Leibgedings für sich und seine Ehefrau, bestehend in einem Wohnungsrechte mit Platz zu Legung von Dünger und Brennholz, jährlichen Leistungen von Früchten und anderen

Digitized by Google

Lebensbedürfnissen und in dem Genusse einiger Grundstücke. Am 16. Oktober 1841 wurde über diesen Kauf gerichtlich erkannt und dabei verfügt, daß der Käufer vorläufig keine Zahlung leisten dürfe, bis ihm eine förmliche Schuldenverweisung gefertigt seyn werde. Unter den auf den Käufer überwiesenen Schulden des Verkäufers befand sich auch die Forderung des alt Bernhard M... in D., des Aten, im Betrage von 245 fl. 50 kr., wofür diesem Gläubiger unterm 23. September 1842 von dem Käufer Unterpfänder auf den erkauften Gütern bestellt und ein Pfandschein ausgestellt wurde. In diesem Pfandschein ist von der Unterpfandsbehörde beurkundet, daß der Pfandbesteller als wahrer Eigenthümer in den öffentlichen Büchern beschrieben stehe, und daß die Pfandobjekte anderwärts weder im Besondern öffentlich verpfändet, noch mit einem andern die Rechte des Gläubigers gefährdenden Anspruche verhaftet seyen. Auch ist in dem dem Pfandscheine einverleibten Auszug aus dem Unterpfandsbuche auf das Gebäudekataster und das Güterbuch zur Nachweisung für das Eigenthum des Verpfänders an den Pfandobjekten hingewiesen. Von dem Leibgeding des Verkäufers ist weder in dem Güterbuche noch in dem Unterpfandsbuche eine Vormerkung gemacht worden. Aus der Vermögensuntersuchung war zu entnehmen, daß zur Zeit der Pfandbestellung vom 23. Sept. 1842 Clemens B... bereits als Eigenthümer im Güterbuche stand.

Im Jahre 1847 gerieth der Letztere in Gant. In dem Schuldenliquidationsprotokoll vom 30. August 1847 findet sich die Pfandforderung des alt Bernhard M... mit 245 fl. 50 kr. nebst einem rückständigen Zins eingetragen, welche von dem Gemeinschuldner anerkannt wurde. (Der Gläubiger selbst hatte nicht liquidirt.) David B... und seine Ehefrau trugen hiebei unter Berufung auf den Kaufvertrag vom 18. September 1841 darauf an, daß ihr Leibgeding fortwährend als auf der verkauften Liegenschaft ruhend anerkannt und geachtet werde, ohne jedoch den Eintrag ihres Anspruchs in dem Güter- oder Unterpfandsbuch behaupten zu können. Als

Digitized by Google

Versuche über eine Abfindung der David B...'schen Eheleute für ihr Leibgeding fehlschlugen, der Verkauf der Liegenschaft aber wegen des Leibgedings Schwierigkeiten fand, hielt es das Oberamtsgericht für zweckmäßig, allererst die Frage zur rechtskräftigen Entscheidung zu bringen, wie es mit dem fraglichen Leibgeding sich verhalte, wobei es bemerkte, daß die Masse, wenn das Leibgeding und das Wohnungsrecht dingliche Rechte seyen, zur Bezahlung der Forderung des M... weit nicht hinreiche, während in entgegengesetztem Falle derselbe nahezu vollständig befriedigt werde. Das Oberamtsgericht eröffnete daher mit dieser Uebersicht über den Stand der Masse und die Befriedigung der Gläubiger, das am Schlusse der Liquidationsverhandlung beschlossene Prioritätserkenntniß.

Bezüglich des Leibgedings sprach das Oberamtsgericht aus,

„daß das Leibgeding der Eltern des Gemeinschuldners einschließlich des Wohnungsrechts der Familiengenossen, als ein auf den — von denselben an diesen verkauften Gütern haftendes dingliches Recht zu betrachten, und daher diese nicht anders als mit diesem Rechte belastet zum Verkaufe zu bringen seyen."

Gegen dieses Erkenntniß appellirte der Pfandgläubiger Bernhardt M..., worauf der betreffende Gerichtshof am 13. Dezember 1849 erkannte:

„daß, unter Abänderung des unterrichterlichen Urtheils, die durch Pfandrecht gedeckte Forderung des Lanten, Anten im Betrage von 245 fl. 50 kr. nebst Zins von 1846 an, vor dem Leibgedingsanspruche des Vindikanten Aten zu befriedigen sey."

Auf die sofort von David B... erhobene Berufung erkannte das Obertribunal am 20. April 1850 rejektorisch.

Entscheidungsgründe des Obertribunals.

I. Nach Art. 65, 74 und 75 des Pfandgesetzes ist der Pfandgläubiger gegen alle ihm unbekannten Rechte und Ansprüche an die Pfandobjekte gesichert, welche zur Zeit der

Erwerbung des Unterpfandes weder im Güterbuche noch im Unterpfandsbuche bemerkt gewesen sind. Zu Vermeidung dieses Nachtheils muß daher derjenige, welcher solche Rechte und Ansprüche hat, die Bemerkung derselben entweder in dem Güterbuche oder in dem Unterpfandsbuche bewirken.

Mayer, Com. zum Pfandgesetz, Theil I., Seite 354. II. Seite 358. II. C.

Bolley, Com. Bd. 1. S. 65.

Wächter, Erörterungen aus dem römisch-deutschen und württembergischen Priv.-Recht, Heft 1, S. 198. not. 49.

II. Da nun der Gemeinschuldner Clemens B... zur Zeit der Verpfändung der Pfandobjekte in dem Güterbuche als Eigenthümer derselben eingetragen war und der Leibgedingsanspruch der David B...'schen Eheleute weder in dem Güterbuche, noch in dem Unterpfandsbuche eingetragen ist, so kann dieser Anspruch der vollen Wirksamkeit des Pfandrechts des Aten nicht hemmend in den Weg treten; er ist diesem Pfandrechte gegenüber nicht zu beachten, wovon eine Folge ist, daß die Pfandobjekte des Aten als frei von dem Leibgedingsanspruche zum Zwecke der Befriedigung des Aten zu verkaufen sind, und daß nur das, was von dem Kaufschillinge nach Befriedigung des Aten übrig bleiben sollte, dem Anten für seinen Leibgedingsanspruch zufällt.

III. Die Vorlegung des zwischen dem Anten und dem Gemeinschuldner abgeschlossenen Liegenschaftsverkaufsvertrags vom 18. Sept. 1841, in welchem sich jener für sich und seine Ehefrau ein Leibgeding vorbehalten hat, zum gerichtlichen Erkenntniß kann nicht als ein Antrag desselben auf Eintragung seines Anspruchs in das Güter- oder Unterpfandsbuch zu Wahrung desselben gegen eine ihm nachtheilige künftige Veräußerung oder Verpfändung durch den neuen Erwerber aufgefaßt werden.

IV. Hienach kommt es darauf, ob der Anspruch des Anten ein dinglicher oder ein bloß persönlicher sey, nicht an.

2c. 2c. 2c.

Digitized by Google

VII. Ationssache des Gottfried F.... von G. Lanten, Anten, W. Anten, gegen die Leihkasse H.... Mit Lantin, Atin, W. Atin,

Wohnungsrecht betreffend.

Erkenntniß des Obertribunals vom 14. Juni 1850.

Gottfried F.... hat durch Vertrag vom 17. September 1839 seine gesammte Liegenschaft an seinen Sohn Johannes F. übergeben und sich hiebei neben einem Leibgeding von verschiedenen Naturalien ein Wohnungsrecht für sich, seine Frau und seine ledigen Kinder vorbehalten, mit dem Ausdruck: „er behalte sich den (in dem Vertrag bezeichneten) Gelaß zur lebenslänglichen Benützung bevor." Am 25. April 1843 bestellte sofort Johannes F.... der Leihkasse H.... auf der erkauften Liegenschaft und insbesondere dem Haus für ein erhaltenes Darlehen ein Unterpfand, ohne daß hiebei des in Frage stehenden Leibgedings und Wohnungsrechts eine Erwähnung geschah. Später gerieth Johannes F.... in Gant, in welchem Gottfried F.... das Wohnungsrecht als eine auf dem Haus haftende dingliche Last geltend machte. Die Leihkasse H.... dagegen, welche als Pfandgläubigerin das Haus käuflich übernehmen mußte, bestritt diesen Anspruch. Durch das Lokationserkenntniß des Oberamtsgerichts G. wurde Gottfried F.... mit seinem Anspruch abgewiesen und dieses Erkenntniß von dem betreffenden Kreisgerichtshof am 9. Febr. 1850 bestätigt. Auf die von Gottfried F.... ergriffene Oberberufung erkannte das Obertribunal am 14. Juni 1850 rejektorisch.

Auszug aus den Entscheidungsgründen des Obertribunals.

1) Der Pfandgläubiger ist der Regel nach gegen alle ihm unbekannten Rechte und Ansprüche gesichert, welche zur Zeit der Erwerbung seines Unterpfands weder im Güter-, noch im Unterpfandsbuche bemerkt gewesen sind. Wer also Rechte und Ansprüche an die Pfandobjekte hat, muß, um sie gegenüber von dem Pfandgläubiger zu wahren, die Ein-

Digitized by Google

tragung derselben entweder in dem Güterbuche oder in dem Unterpfandsbuche vor der betreffenden Unterpfandsbestellung bewirkt haben.

Pfandgesetz Art. 65, 74, 75.

2) Von dieser Regel gibt es gesetzlich bestimmte Ausnahmen. Insbesondere tritt eine Ausnahme in so ferne ein, als von der Unterpfandsbehörde da, wo zur Zeit keine Güterbücher bestehen, oder wo zwar solche bestehen, die Einträge aber nicht sogleich nach jeder Besitzveränderung, sondern erst nach gewissen Zeiträumen (z. B. bei dem jährlichen Steuersatze) gemacht werden, bei einer Verpfändung auf das Kaufbuch oder auf andere Urkunden der Erwerbung eines Gutes, insbesondere auf die Inventur- und Theilungsakten zurückgegangen, und unter Beziehung auf diese das Eigenthumsrecht des Verpfänders nachgewiesen, in einem solchen Falle aber es dem Inhaber von Rechten, deren Eintragung nicht ausschließend dem Unterpfandsbuche vorbehalten ist (s. Pfandgesetz Art. 160) keinen Nachtheil bringen soll, wenn diese Rechte bei der vorzunehmenden Unterpfandsbestellung — ungeachtet sie aus jenen Urkunden (z. B. dem Kaufbuche) zu ersehen gewesen wären, unberücksichtigt geblieben sind.

Pfandgesetz Art. 58, 59, 67 (vergl. 66).

3) Unbestritten ist nun, daß das Wohnungsrecht des Nten, welches dieser in dem zur Gantmasse seines Sohnes (des Verpfänders Johannes F....)- gehörigen, von der Atin als Pfandgläubigerin erkauften Hause, kraft des mit Ersterem am 17. Sept. 1839 abgeschlossenen Kaufvertrags für sich und seine Familie anspricht, zur Zeit der Bestellung des Unterpfands für die Atin, am 25. April 1843, weder im Güterbuche, noch im Unterpfandsbuche, sondern lediglich im Kaufbuche von G. eingetragen war. Auch bilden bloß das im Pkt. 6 des gedachten Kaufvertrags vorbehaltene Wohnungsrecht, nicht aber die übrigen Bestandtheile des in jenem Vertrage stipulirten Leibgedings den Gegenstand der Klage, und der dermaligen Actionsbeschwerde des Anten, in-

Digitized by Google

dem sich der Streit lediglich um die Frage dreht, ob das angesprochene Wohnungsrecht gegenüber von dem spätern Pfandrechte der Atin durch den Eintrag im Kaufbuche als gewahrt zu betrachten sey oder nicht.

4) Der Rt. bejaht diese Frage und macht hiefür geltend, daß, da er sich das im Streite befangene Wohnungsrecht als eine Personalservitut bestellt habe, und da einerseits solche Servituten nach Art. 160 des Pfandgesetzes nicht zu den Gegenständen gehören, welche in das Unterpfandsbuch aufgenommen werden, andererseits aber nach dem vorgelegten Auszug aus dem „Häuserbuche" von G. dieses gar nicht die Eigenschaft eines Güterbuchs habe, hier die oben erwähnten Ausnahmefälle vorliegen, wonach bei der Bestellung des Pfandrechts für die Atin, auf das Kaufbuch hätte zurückgegangen werden sollen, und daher durch die gegen diese Vorschrift vorgenommene Pfandbestellung sein in gutem Glauben und unter beschwerendem Titel durch den stadträthlich bestätigten Kaufvertrag erworbenes Wohnunsrecht nicht habe gefährdet werden können. Allein es fehlt an einem zureichenden Grunde, warum das „Häuserbuch" der Stadt G. nicht in Absicht auf die städtischen Gebäude als Güterbuch gelten, und zur Vormerkung des von einem Hausverkäufer sich vorbehaltenen Wohnungsrechtes — wovon es sich hier allein handelt — geeignet seyn sollte, da, wenn auch der vorgelegte Auszug keine nähere Beschreibung der darin aufgeführten Realitäten, ihrer Nebenlieger, des Preises ꝛc. enthält, gleichwohl die Hauptsache — die verschiedenen, mit den einzelnen Häusern vorgegangenen Besitzveränderungen — die Eigenthumsübertragung nach Zeit, Gegenstand und Personen vollständig daraus entnommen werden kann. In der That ist auch das Häuserbuch sowohl in dem vorgelegten Auszuge selbst als in dem Begleitungsberichte des Oberamtsgerichts als „das Güterbuch" von G. bezeichnet und nicht nur bei der Liegenschaftsbeschreibung in der Johannes F...'schen Vermögensuntersuchung, sondern auch in den vorliegenden Auszügen aus dem Kauf- und Unterpfandsbuche von G.

Digitized by Google

auf dasselbe, als auf das Dokument für den Eigenthumsnachweiß Bezug genommen; sonach bei vorkommenden Rechtsgeschäften wirklich als Güterbuch betrachtet und behandelt worden. ꝛc. ꝛc. ꝛc.

Anmerkung des Herausgebers.

Vorstehendem wird noch beigefügt, daß in vorstehender Sache von einer Seite auch noch weiter geltend gemacht wurde, daß die wenigen Fälle, in welchen das Gesetz Rechte und Ansprüche Dritter an einem Pfandobjekt selbst dann als gewahrt annimmt, wenn sie auch in dem öffentlichen Pfand- oder Güterbuche nicht eingeschrieben sind (Art. 67—70) streng ausgelegt werden müssen, sowohl nach allgemeinen Grundsätzen, weil sie nur Ausnahmen von der im Art. 65 als Regel ausgesprochenen Sicherstellung des Pfandgläubigers gegen ihm unbekannte Rechte Dritter bilden, als auch nach der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes (Art. 71), wonach die Ausnahmen von der im Art. 65 aufgestellten Regel buchstäblich zu erklären sind und eine Ausdehnung in keinem Falle zulassen, daß aber unter den gesetzlich bestimmten Ausnahmen der hier im Streit liegende Fall eines von dem Verkäufer bei der Veräußerung seines Gutes vorbehaltenen Rechtes nicht begriffen, vielmehr, wie aus den ständischen Verhandlungen über den Entwurf des Pfandgesetzes erhellt,

Ständische Verhandlungen vom Jahre 1824. III. Beilage-Heft S. 384. 435 ff.

ausdrücklich davon ausgeschlossen worden sey, sonach die Ausnahmebestimmung des Art. 67 auf Rechte, welche der Verkäufer eines Gutes bei der Veräußerung desselben sich vorbehalten hat, keine Anwendung finde, wobei sich noch auf

Wächter, Erörterungen ꝛc. I. S. 197.

berufen wurde.

Die Richtigkeit der vorstehenden Ausführung scheint jedoch sehr problematisch. Aus den hier citirten ständischen Verhandlungen ist der hier aufgestellte Satz nicht zu begrün-

Digitized by Google

den; denn diese beziehen die Ausnahme bezüglich der bei der Veräußerung eines Guts vorbehaltenen Rechte nicht auf die Fälle, wo gar kein Güterbuch besteht, oder der Eintrag in solchem wegen der blos periodischen Aenderung noch nicht erfolgt seyn kann, sondern auf die Fälle, wo ein Fehler in Aenderung und Berichtigung des Güterbuchs vorgegangen ist, die im Gesetz in Art. 68 und 69 vorgesehen sind. (Es sind in den Verhandlungen l. c. S. 384 ausdrücklich bloß die Fälle VII. 1, b. und c., welche die nunmehrigen Art. 68 und 69 bilden, nicht die Fälle zu a, welche die Art. 58 und 59 des Gesetzes bilden, bezeichnet.) In dieser Beziehung ist der Satz ganz einleuchtend; er besagt nicht weiter, als: Fehler bei der Aenderung im Güterbuch schaden in Fällen der bezeichneten Art dem Eigenthümer auch gegenüber von dem Pfandgläubiger nicht, aber der dinglich Berechtigte, besonders der, welcher sich ein solches Recht bei einer Veräußerung des Guts vorbehalten hat, kann jene zu Gunsten des Eigenthümers getroffenen Bestimmungen nicht per analogiam für sein Recht in Anspruch nehmen. Damit ist aber dann nicht gesagt, daß er den allgemein ausgesprochenen Vorbehalt in den Fällen, wo kein Güterbuch besteht, sowie bezüglich der periodischen Aenderung desselben nicht für sein Recht unter den gesetzlichen Voraussetzungen, auch gegenüber von dem Pfandgläubiger geltend machen könne. Es wäre auch wirklich gar zu sonderbar, wenn, wie nach der obigen Ausführung angenommen wird, für die bei Veräußerungen vorbehaltenen Rechte, sofern sie wirklich erworbene Rechte bilden, etwas anders gelten sollte, als für dingliche Rechte überhaupt und ein solcher Unterschied müßte jedenfalls im Gesetze klar ausgesprochen seyn, wovon sich jedoch keine Spur findet. Es ist dieß auch schwerlich die Meinung Wächter's, Erört. I. S. 197. Was dieser hier sagt, ist wohl so zu nehmen: die von ihm sub nro. 1—4, S. 191—196 aufgeführten Bestimmungen seyen nicht indistincte auf alle dinglichen Rechte anzuwenden; es müssen bereits erworbene Rechte seyn; es gehören also namentlich nicht hieher Rechte

Digitized by Google

bloß auf Erwerbung oder Wiedererlangung eines Gutes gerichtet;

Vergl. Bolley, Komment. B. I. S. 249, 250.;

ebensowenig die bei der Veräußerung eines Guts vorbehaltenen Rechte an und für sich, weil zu ihrer Erwerbung auch noch die Insinuation hinzukommen muß.

Vergl. Wächter, Erörter. Note 30, S. 168.

Für derartige Rechte bleibe es bei der Regel, daß sie durch Vormerkung im Güter- oder Unterpfandsbuch gewahrt seyn müssen.

VIII. **A.S. des Sales P.... von K. beziehungsweise David L.... von L., Beklagten, Aten nun Anten gegen Kaspar F.... von K. u. Cons. Kläger, Anten nun Aten,**

Wohnungsrecht betreffend.

Erkenntniß des Obertribunals dd. 4. März 1854.

Kaspar F.... hatte in einem Gutsübergabevertrag vom 28. Dezember 1837 gegen den Uebernehmer, seinen Sohn Dionys F...., für sich und seine übrigen Kinder ein Wohnungsrecht ausbedungen.

Später kam der Uebernehmer Dionys F.... in Gant, und es wurde das Haus, welches durch die Gutsübergabe von 1837 an den Gantmann gekommen, und von diesem auch verpfändet worden war, an David L.... von diesem aber sofort an Sales P.... (unter Haftung des David L.... wegen des Wohnungsrechts) verkauft. Im März 1853 erhob nun Kaspar F.... für sich und seine 3 Kinder gerichtliche Klage gegen den dermaligen Besitzer des Hauses Sales P.... welchem sich David L.... als litis denunciat und accessorischer Intervenient anschloß: auf Anerkennung des bei dem Gutsübergabevertrag vorbehaltenen Wohnungsrechts.

Das Oberamtsgericht wies die Klage ab, der Gerichtshof erkannte dagegen auf erhobene Berufung der Kläger:

„daß den Klägern die angesprochenen Wohnungsrechte in

dem Umfange des Vertrags vom 28. Dezember 1837 zustehen."

Auf die von David L.... erhobene Berufung erkannte das Obertribunal am 4. März 1854 rejektorisch.

Das Wohnungsrecht war ein auf die Personen der Kläger beschränktes mit ihrem Tode und beziehungsweise auch in andern Fällen erlöschendes. Die passivdingliche Eigenschaft desselben dagegen wurde von dem Obertribunal nach den konkreten Verhältnissen des Falls als erwiesen angenommen. Der Hauptstreit dagegen war, ob die Berechtigten das angesprochene Wohnungsrecht gegen den dermaligen Besitzer verfolgen können.

Hierüber wird mitgetheilt folgender

Auszug aus den Entscheidungsgründen des Obertribunals:

„Zur Zeit, als der Uebergabsvertrag vom 28. Dezember 1837 abgeschlossen wurde, waren die Häuser in dem damaligen im Jahre 1828 errichteten Güterbuche nicht aufgeführt. Für die Gebäude bestand also damals kein Güterbuch; es hatten daher die Kläger unter diesen Umständen ihr in Rede stehendes dingliches Recht durch die Eintragung desselben in das Kaufbuch gewahrt (Art. 67. 58 des Pfandgesetzes), und konnte diese Sicherung, nachdem jenes Recht einmal gewahrt war, dadurch, daß im Jahre 1842—43 ein neues Güterbuch auch für die Gebäude errichtet, derartige dingliche Rechte Dritter aber darin nicht vorgemerkt wurden, nicht verloren gehen, zumal an die Inhaber solcher Rechte zu deren Geltendmachung keine Aufforderung erlassen wurde, die Kläger also in keinerlei Weise eine Schuld treffen kann.

Vergl. Bolley Comment. I, S. 249.
Wächter Erörterungen ꝛc. S. 190.

Unter diesen Umständen waren die Pfandgläubiger des Dionys F...., denen das Haus verpfändet worden, von Anfang an gegen das zuvor genügend gewahrte Wohnungsrecht der Kläger nicht geschützt (Art. 67. 65. des Pfandge-

Digitized by Google

setzes), und ebensowenig ihre Rechtsnachfolger David L.... und Sales P...., welche nur dann gesichert wären und von den Pfandgläubigern nur dann Rechte ableiten könnten, wenn die letzteren, Behufs deren Befriedigung das Haus im Dionys F....schen Gante an David L.... verkauft worden ist, gegen den Anspruch der Kläger gesichert gewesen wären (Art. 15, 44 des Gesetzes vom 21. Mai 1828, Art. 72 des Pfandgesetzes.)

Wächter Erörterungen ꝛc. S. 221—225. 229.

Wie das fragliche Wohnungsrecht den Pfandgläubigern gegenüber durch den Eintrag in das Kaufbuch gehörig gewahrt war, in gleicher Weise und aus denselben Gründen ist es auch den Hauskäufern des David L.... und Sales P.... gegenüber gewahrt gewesen, und sind daher die Kläger nicht gehindert, dasselbe gegen diese Erwerber des Hauses geltend zu machen (Art. 15 des Gesetzes vom 21. Mai 1828.).

Einer der Kläger Kaspar F...., hat zwar der Schuldenliquidation im Gante seines Sohnes Dionys F.... angewohnt; allein was die damalige Anordnung des Gantgerichts betrifft, „die angesprochenen Wohnungsrechte der Eltern ꝛc. des Gemeinschuldners werden bei dem nächsten und letzten Verkaufe der Liegenschaften nicht berücksichtigt, da sie in die öffentlichen Bücher nicht eingetragen seyen und überhaupt das Wohnungsrecht nicht liquidirt worden sey," so enthält das betreffende Protokoll nichts, woraus sich ableiten läßt, daß Kaspar F.... damit einverstanden und auf seine Ansprüche zu verzichten gemeint war; aus seinem Stillschweigen aber läßt sich dieß um so weniger folgern, als dasselbe darin seinen Grund gehabt haben kann, daß das Gantgericht diese Ansicht aussprach und Kaspar F.... im Augenblick nicht wissen konnte, ob dieselbe begründet sey.

Endlich bedarf es kaum der Erwähnung, daß die Kläger mit ihren Ansprüchen deßhalb nicht ausgeschlossen sind, weil sie dieselben im Dionys F....schen Gante nicht geltend gemacht haben; denn der Präklusivbescheid erstreckt seine Wirksamkeit keineswegs auf solche dingliche Rechte."

Digitized by Google

IX. Ationssache des Musiklehrers Sch.... in L. Kl. Aten nun Anten, gegen Maria und Katharina R.... v. N. Bekl. Antinnen nun Atinnen,

Wohnungsrecht betreffend.

Erkenntniß des K. Obertribunals vom 16. April 1853.

(Mitgetheilt und mit Bemerkungen begleitet von Herrn Oberjustizrath Faber.)

Zu den für den Realkredit wichtigsten Grundsätzen unseres Pfandgesetzes gehört der im Art. 65 ausgesprochene, wornach der Erwerber eines Unterpfands gegen alle ihm unbekannte Rechte und Ansprüche, welche zur Zeit dieser Erwerbung weder im Güterbuche noch im Unterpfandsbuche bemerkt gewesen, als der Regel nach gesichert erklärt wird.

Von diesem Grundsatze sind jedoch im Gesetze selbst, Art. 67 bis 70, bedeutende Ausnahmen gemacht, nach welchen in gewissen Fällen Rechte Dritter auch dann, wenn sie zur Zeit der Pfandbestellung im Güter- oder Unterpfandsbuche nicht, beziehungsweise nicht mehr bemerkt waren, als gewahrt gelten sollen. Eine der erheblichsten jener Ausnahmen ist im Art. 68 enthalten, dessen Auslegung in folgendem Rechtsfall zur Sprache kam.

Vermöge Vertrags vom 31. März 1828 übergab der Bauer Johann R.... in N. sein Anwesen, einschließlich eines Wohnhauses, an den Ehemann seiner Stieftochter, Joseph St... in N., nachherigen Amtsboten daselbst, und bedung dabei für seine leiblichen Töchter ein Wohnungsrecht im Hause auf so lange, als sich dieselben im ledigen Stand befinden würden. Der betreffende Vertrag wurde seinem ganzen Inhalt nach in das Kaufbuch zu N. eingetragen, und es wurde gemeinderäthlich über ihn erkannt. Auch im Güterbuch und im Gebäudekataster wurde in der Folge das R...sche Anwesen dem neuen Erwerber Joseph St... zugeschrieben; dagegen wurde weder dort, noch im Unterpfandsbuch das Wohnungsrecht der R....schen Töchter vorgemerkt. Unterm 4. Januar 1843 ließ der Amtsbote

Joseph St... der C...schen Kapitalienadministration des Stadtpflegers Cl... in W. ein Unterpfandsrecht auf seine Liegenschaften, einschließlich jenes Hauses, für ein Darlehen von 750 fl. bestellen. In dem Pfandscheine beurkundete die Pfandbehörde von R., daß die Pfandobjekte weder anderwärts verpfändet, noch mit einem sonstigen, die Rechte des gegenwärtigen Gläubigers gefährdenden Anspruche verhaftet seyen. Im Jahr 1847 fiel der Amtsbote St... in Gant, worauf der Musiklehrer Sch.... von L., auf welchen die Schuldforderung von 750 fl. übergegangen war, diese nebst zweijährigen rückständigen Zinsen liquidirte. Bei der Veräußerung der gemeinschuldnerischen Liegenschaft kam auch das Wohnungsrecht der R...schen Töchter auf dem Wohnhause zur Sprache. Von den letzteren hatte sich inzwischen Eine verheirathet; zwei andere, Maria und Katharina R...., waren ledig geblieben und hatten, als sie wegen vorgerückten Alters auswärts nicht mehr dienen konnten oder wollten, ihren Wohnsitz wieder in dem Hause genommen. Sie selbst machten zwar in dem Gante des St.... ihr Wohnungsrecht nicht geltend; dagegen nahm der mit dem Liegenschaftsverkauf beauftragte Gemeinderath in das Versteigerungsprotokoll vom 27. Januar 1848 die Bedingung auf: daß den Kindern des Johann R...., welche in das Haus geschrieben seyen, ihr Recht verbleibe. Die auf den Grund dieses Protokolls vorgenommenen Verkaufsversuche waren ohne Erfolg. Bei einem späteren Aufstreich vom 21. Februar 1849 wurden die Kaufsbedingungen zum Theil auf andere Weise, als früher, gestellt und namentlich wurde der oben erwähnte Vorbehalt bezüglich des Wohnungsrechts weggelassen. Ein Käufer fand sich auch damals nicht. Endlich bot am 5. April 1850 Matthias M.... für die ganze Liegenschaft 605 fl. unter dem ausdrücklichen Bemerken: „wenn das Haus ganz leer werde."

Dieß veranlaßte einen letzten Aufstreich vom 18. April 1850, bei welchem nur ganz allgemein bemerkt wurde: „daß unter den früheren Bedingungen verkauft werde," und wobei,

Digitized by Google

wie es im Protokoll heißt, von den Bevollmächtigten des Pfandgläubigers, Musiklehrers Sch...., „auf das letzte Bot" (des Matthias M...) 610 fl. geboten wurden. Um diesen Preis erhielt Musiklehrer Sch.... das Anwesen, einschließlich des Hauses; dagegen fiel er laut der Gantverweisung mit einem namhaften Theile seiner Darlehensforderung durch. Kurz darauf trat der Letztere gegen die beiden Schwestern Maria und Katharina R...., um ihrer Ansprüche auf einen Wohnsitz im Hause los zu werden, mit einer Klage bei Gericht auf, und bat, zu erkennen:

„Daß das Wohnungsrecht der Beklagten seinem Pfandrechte nachzustehen habe, die Beklagten sonach fernerhin jenes Recht nicht mehr auszuüben, sondern die Wohnung binnen 8 Tagen zu verlassen haben."

Das Oberamtsgericht erkannte am 28. November 1850:

„Daß die Beklagten schuldig seyen, das unbeschränkte Pfandrecht des Klägers an dem am 4. Januar 1843 verpfändeten Wohnhause des Klägers anzuerkennen."

Die Beklagten appellirten. Der Kläger bestritt nun in zweiter Instanz auch die Dinglichkeit ihres Wohnungsrechts, und bemerkte ferner: er sey nicht als Eigenthümer des Hauses, sondern noch immer als Pfandgläubiger zu betrachten, da er das Haus nur unter der Bedingung, daß dasselbe unbelastet sey, erkauft und überdieß eine Uebergabe desselben an ihn noch nicht stattgefunden habe.

Der Gerichtshof wies vermöge Erkenntnisses vom 30. Oktober 1851 den Kläger mit seiner Klage ab. Seine Gründe waren folgende:

Auszug aus den Entscheidungsgründen des K. Gerichtshofs.

ꝛc. ꝛc. ꝛc.

„III. Das von den Beklagten Anten angesprochene Wohnungsrecht, welches an und für sich von dem Kläger Aten nicht bestritten wird, erscheint als ein passiv dingliches

Recht nicht nur nach einer auch für den vorliegenden Fall analog anwendbaren Präsumtion,

Seuffert, Archiv ꝛc. Bd. I. Nr. 327.

sondern auch nach dem Inhalt des bei den Akten befindlichen Kaufvertrags vom 31. März 1828, über welchen gerichtlich erkannt worden ist.

Landrecht II. 9. §. Gleichergestalt ꝛc. und §. Doch wann ꝛc.

Der Kläger, At, welchem anerkanntermaßen ein Pfandrecht auf dem in Frage stehenden Haus zusteht, oder jedenfalls zugestanden hat, will nun das dingliche Wohnungsrecht der Beklagten, Anten mit der negatorischen Klage in seiner Eigenschaft als Pfandgläubiger beseitigen. Hiegegen wird jedoch von dem Anwalt der Beklagten, Anten eingewendet, das Pfandrecht des Klägers, Aten existire nicht mehr, nachdem er Eigenthümer des ihm verpfändeten Wohnhauses geworden sey, wogegen der vorige Richter die hienach behauptete confusio des Pfandrechts nicht angenommen hat. Eine Erörterung dieser Frage über die Fortdauer oder Erlöschung des Pfandrechts hat man aber als völlig überflüssig umgehen können, da der Anspruch des Klägers, Aten jedenfalls unbegründet ist, er mochte nun in seiner Eigenschaft als Pfandgläubiger, oder als Liegenschaftskäufer geklagt haben. Nimmt man an

1) Der Kläger At konnte noch als Pfandgläubiger klagen, so ist Folgendes gegen ihn zu bemerken.

Unsere vaterländische Pfandgesetzgebung hat allerdings von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über den Uebergang dinglicher Lasten, welche auf Liegenschaften ruhen,

Landrecht II. 34. §. 1.

zu Gunsten des Pfandgläubigers erhebliche Abweichungen eingeführt, indem in Art. 65 des Pfandgesetzes bestimmt wird:

„Wer ein Unterpfand erwirbt, wird der Regel nach gegen alle ihm unbekannte Rechte und Ansprüche gesichert, welche zur Zeit dieser Erwerbung weder im Güterbuche noch im Unterpfandsbuche bemerkt gewesen;"

allein nach Art. 66, 67, 68 des Pfandgesetzes findet dieser

Digitized by Google

Schutz des Pfandgläubigers keineswegs unbedingt, sondern nur alsdann statt, wenn das dem Pfandrecht entgegenstehende Recht nicht vor der Verpfändung gehörig gewahrt worden ist.

Wächter, württ. Privatrecht B. II. S. 391 ff.

Dessen Erörterungen ꝛc. Heft I. S. 157 c.

Ein dingliches Recht wie das hier in Frage stehende, erscheint aber als gehörig gewahrt, wenn dasselbe entweder

a) zur Zeit der Verpfändung der Liegenschaft in dem Vertragsbuche, und zwar nicht bloß in demjenigen „des neuesten Zeitraumes" aufgeführt, oder

b) wenn über den gerichtlich zu insinuirenden Vertrag, auf welchen sich das dingliche Recht gründet, zu jener Zeit schon gerichtlich erkannt war.

Vergl. Art. 68 mit Art. 59 des Pf.-Ges.

Wächter loc. cit. S. 392.

Erörter. loc. cit. S. 191—193.

Jedes dieser Erfordernisse trifft im vorliegenden Falle zu: das Unterpfand des Klägers Aten ist erst im Jahre 1843 bestellt worden, während nach dem bei den Akten befindlichen Auszug aus dem Kaufbuch das dingliche Recht des Beklagten Anten schon im Jahre 1828 in das Kaufbuch eingetragen, und zu derselben Zeit auch über den Vertrag erkannt wurde.

Das Pfandrecht des Klägers Aten wird daher durch das dingliche Recht der Beklagten Anten beschränkt, wenn gleich der Pfandgläubiger von der Existenz des Letzteren zur Zeit der Verpfändung Nichts gewußt haben mag, und ihm von der Unterpfandsbehörde, welche übrigens auch nur zur Vergleichung des Kaufbuchs „vom neuesten Zeitraume" verbunden ist,

Art. 59 des Pf.-Ges.

Wächter Erörter. I. Heft S. 167.

in dem ausgestellten Pfandscheine ausdrücklich beurkundet wurde, daß die Unterpfandsobjekte mit keinem anderen, die Rechte des gegenwärtigen Gläubigers gefährdenden Anspruche verhaftet seyen.

Wollte man aber

Digitized by Google

2) annehmen, Kläger At habe in seiner Eigenschaft als Käufer und Eigenthümer der in Frage stehenden Liegenschaft gegen das Wohnungsrecht der Beklagten Antinnen auftreten wollen, so würde die Bestimmung des Art. 15 des Entwicklungsgesetzes vom 21. Mai 1828 darum hier keine Anwendung finden können, weil sich aus den Akten ergibt, daß Kläger, At und sein Bevollmächtigter längst vor dem Erkenntniß über den Kauf, und vor dessen vollständiger Vollziehung erfahren haben, daß die Beklagten, Anten fragliches Wohnungsrecht auf dem Hause ansprechen, wornach denn Kläger At zur Zeit des Vollzugs des Kaufs nicht mehr in gutem Glauben gewesen wäre.

Wächter, Privatrecht S. 386.

Erörter. Heft I. S. 231—34.

Zudem findet die gedachte gesetzliche Sicherstellung nicht Anwendung gegenüber von solchen Berechtigten, welche ihre entgegenstehenden Rechte in der oben bemerkten Weise gehörig gewahrt haben,

Wächter, Privatrecht S. 387.

und da dieß dem Ausgeführten zu Folge bei dem vorliegenden Recht der Fall ist, so kann sich Kläger At auch aus diesem weiteren Grunde auf die Bestimmung des Art. 15 des Entwicklungsgesetzes nicht berufen.

IV. ꝛc. ꝛc."

Auf die von dem Kläger an das Obertribunal ergriffene Berufung erkannte dieses am 16. April 1853 abändernd:

„Daß die Beklagten nicht befugt seyen, gegenüber dem Kläger ihr Wohnungsrecht auf dem, dem Rechtsvorgänger desselben am 4. Januar 1843 verpfändeten, Hause geltend zu machen und daß sie daher dieses Haus zu räumen haben.

Entscheidungsgründe des K. Obertribunals."

ꝛc. ꝛc. ꝛc.

§. 2.

„Ob das Wohnungsrecht der Beklagten, von welchem der Kläger behauptet, daß es seinem Unterpfandsrecht nachzustehen

Digitized by Google

habe, ein dingliches sey, in welchem Fall allein von einem Widerstreit beider Rechte die Rede seyn könnte, kann aus dem Grunde dahin gestellt bleiben, weil das fragliche Wohnungsrecht, auch als dingliches vorausgesetzt, dem Unterpfandsrechte des Klägers dennoch wegen Mangels der gehörigen Wahrung im Güter- oder Unterpfandsbuche zu weichen hat.

Der Art. 65 des Pfandgesetzes vom 15. April 1825 bestimmt:

„Wer ein Unterpfand erwirbt, wird der Regel nach gegen alle ihm unbekannte Rechte und Ansprüche gesichert, welche zur Zeit dieser Erwerbung weder im Güterbuche, noch im Unterpfandsbuche bemerkt gewesen."

Zu vergl. Art. 75.

Das Wohnungsrecht der Beklagten ist nun unstreitigermaßen weder im Güterbuch noch im Unterpfandsbuch eingetragen; dasselbe findet sich bloß im Kaufbuche vom Jahr 1828 erwähnt, in welches der Uebergabsvertrag vom 31. März desselben Jahrs aus Anlaß des gemeinderäthlichen Erkenntnisses über denselben aufgenommen wurde. Auch ist von den Beklagten nirgends in Abrede gezogen, daß der Rechtsvorgänger des Klägers, als ihm im Jahr 1843 sein Unterpfandsrecht auf dem Hause bestellt wurde, mit dem fraglichen Wohnungsrechte gänzlich unbekannt war, und es ist hieran um so weniger zu zweifeln, als die Pfandbehörde in dem Pfandscheine ausdrücklich versicherte, daß die Pfandobjekte weder anderwärts verpfändet, noch mit einem sonstigen die Rechte des gegenwärtigen Gläubigers gefährdenden Anspruche verhaftet seyen. Sonach findet gegen die Beklagten der Art. 74 des Pfandgesetzes seine Anwendung, welcher vorschreibt:

„Ein Dritter, welchem hinsichtlich der verpfändeten Sache ein Recht zusteht, kann dasselbe, wenn er es vor der Eintragung des Unterpfandsrechts nicht gewahrt hat, nachher gegen den eingetragenen Pfandgläubiger nicht mehr geltend machen."

§. 3.

Die Beklagten glauben zwar, daß sie sich in einem der

Digitized by Google

Ausnahmsfälle befinden, in welchen das Gesetz ein Recht auch dann als gewahrt annimmt, wenn dasselbe im Güter- oder Unterpfandsbuch nicht vorgemerkt ist. Dieselben wollen nämlich den Art. 68 des Pfandgesetzes auf sich angewendet wissen, worin bestimmt ist:

„Soweit es nach der dermaligen Einrichtung von demjenigen, welcher Grundeigenthum erwirbt, nicht abhängt, die gleichbaldige Eintragung im Güterbuche zu bewirken, so kann es ihm nicht schaden, wenn eine solche Erwerbung worüber obrigkeitlich erkannt ist, bei der nachherigen Vornahme der allgemeinen Richtigstellung des Güterbuchs nach dem neuesten Stande gänzlich unberücksichtigt geblieben ist."

Diese Vorschrift leidet jedoch in Wirklichkeit keine Anwendung auf den vorliegenden Fall. Nicht Grundeigenthum, sondern ein Wohnungsrecht haben die Beklagten durch den Vertrag vom 31. März 1828, worüber der Gemeinderath erkannte, erworben. Nur mit Hülfe ausdehnender Erklärung könnten unter dem Ausdruck „Grundeigenthum" auch „dingliche Rechte" begriffen werden, wie dieß wirklich von Seiten der Commentatoren geschieht.

Bolley, Comment. I. S. 249.
Wächter, Erörterungen I. S. 192. Note 41.
Mayer, Comment. I. S. 359. 360.

Allein, wenn auch das Gesetz an andern Orten zuweilen das Wort „Eigenthum" in einem weitern Sinne gebraucht (vergl. Art. 5. 6. 57.), so kann dieß beim Art. 68 darum nicht unterstellt werden, weil der darauf bezügliche Art. 71 bestimmt:

„daß die vorstehenden Ausnahmen buchstäblich zu erklären seyen und in keinem Falle eine Ausdehnung zulassen."

Auch die ständischen Verhandlungen, auf welche sich

Wächter a. a. O.

beruft, sind nicht geeignet, seiner Ansicht eine entschiedene Unterstützung zu gewähren, und selbst wenn der Art. 71 die ausdehnende Erklärung nicht besonders verböte, so müßte die-

Digitized by Google

selbe schon nach allgemeinen Grundsätzen ausgeschlossen werden, da es sich hier um eine Ausnahme von der gesetzlichen Regel und zwar um eine solche handelt, welche die im Uebrigen vom Gesetze angestrebte Sicherheit des Pfandgläubigers bedeutend gefährdet. Wollte man übrigens auch zugeben, daß das Wort Grundeigenthum auch auf dingliche Rechte zu beziehen sey, so wäre diese ausdehnende Erklärung, bei welcher die muthmaßliche Absicht des Gesetzgebers entscheidend seyn muß, doch nicht in ihrer ganzen Allgemeinheit gerechtfertigt. Es könnten hierunter höchstens solche dingliche Rechte begriffen werden, welche für die Steuereinschätzung erheblich sind; denn andere als diese pflegte man zur Zeit, wo das Pfandgesetz in's Leben trat, in die Güter- oder Steuerbücher nicht aufzunehmen. In die Klasse der für die Steuereinschätzung erheblichen Rechte gehört aber ein Wohnungsrecht nicht. Gesetzt endlich auch, daß der Gesetzgeber den Schutz des Art. 68 sogar auch andern Arten dinglicher Rechte außer den letzterwähnten habe angedeihen lassen wollen, so wäre wenigstens bei diesen anderweitigen Rechten, als ein weiteres im Geist des Gesetzes liegendes Erforderniß für jenen Schutz, ein ausdrücklicher Antrag des Betheiligten auf Eintragung seines Rechts im Güter- oder Unterpfandsbuch vorauszusetzen.

Zu vergl. Art. 75 des Pfandgesetzes.

Ganz besonders müßte ein solcher ausdrücklicher Antrag bei Rechten, welche ihrer Natur und der Absicht der Parthieen nach ebensowohl persönliche als dingliche seyn können, wie z. B. ein Wohnungsrecht, gefordert werden. Ein derartiger Antrag liegt jedoch darin, daß der Vertrag, wodurch das betreffende Recht begründet werden soll, dem Gemeinderath zur Ertheilung des rechtspolizeilichen Erkenntnisses vorgelegt wird, noch nicht; und daß im vorliegenden Fall von Seiten der Beklagten mehr als dieß geschehen wäre, behaupten diese selbst nicht.

§. 4.

Wenn nun das fragliche Unterpfandsrecht zur Zeit, wo

Digitized by Google

es vom Rechtsvorgänger des Klägers erworben wurde, den Umfang oder die Stärke hatte, daß es dem Wohnungsrechte der Beklagten schlechthin vorging, so änderte an diesem Verhältnisse dem Wesen nach auch der später eingetretene Umstand nichts, daß der Kläger das ihm verpfändete Haus im Gante seines Schuldners erkauft hat. Denn der Art. 44 des Pfandentwicklungsgesetzes vom 21. Mai 1828 bestimmt: daß der Käufer eines verpfändeten Guts in die Rechte der vom Gutserlöse befriedigten Gläubiger auch gegen Dritte eintrete, deren Eigenthums- oder andere auf das erkaufte Gut sich beziehende Ansprüche zur Zeit der Verpfändung in dem Unterpfands- (oder Güter-) Buche nicht eingetragen gewesen. Es kann deßhalb dahingestellt bleiben, ob der Kläger, was er in Abrede zieht, bereits das Eigenthum des Hauses vermittelst einer an ihn erfolgten Uebergabe desselben erworben hat. In diesem Falle wäre zwar das Pfandrecht desselben in seinem Eigenthumsrecht aufgegangen, aber mit dem letzteren wäre ebenso wie früher mit dem Pfandrechte und gerade darum, weil es dasselbe in sich aufgenommen hat, nach dem angeführten Art. 44 der Anspruch verknüpft, daß das Wohnungsrecht der Beklagten gegen dasselbe schlechthin als unwirksam zurückzustehen habe, und es wäre daher auch von dieser Seite her die erhobene negatorische Klage begründet.

§. 5.

Schließlich könnte noch die Frage aufgeworfen werden, ob nicht aus den besonderen Umständen, unter welchen der Verkauf des dem Kläger verpfändeten Wohnhauses vor sich ging, zu folgern sey, daß derselbe auf Geltendmachung seines bevorzugten Rechts verzichtet und das Wohnungsrecht der Beklagten anerkannt habe? Indessen ist diese Frage zu verneinen. Zwar ist in dem Aufstreichsprotokoll vom 27. Januar 1848, auf dessen Grund die ersten, aber erfolglosen Verkaufsversuche

Digitized by Google

vorgenommen wurden, unter Punkt 11 die Bedingung enthalten:

„die Kinder des Johann R..., welche in das Haus „geschrieben seyen, sollen ihr Recht behalten."

Allein in dem späteren Aufstreichsprotokoll vom 21. Febr. 1849 wurde diese Bedingung weggelassen, und als endlich am 5. April 1850 der Maurer Mathias M... 605 fl. unter dem ausdrücklichen Bemerken: „wenn das Haus ganz leer werde", geboten hatte, folgte am 18. April 1850 der letzte Aufstreich, wobei im Protokoll nur ganz allgemein gesagt wurde: „es werde unter den früheren Bedingnissen verkauft" und wobei die Bevollmächtigten des Klägers, unter besonderer Bezugnahme auf „das letzte Angebot" (des M...) dieses um 5 fl. überboten, so daß ihnen das Anwesen um 610 fl. verblieb. Aus diesem Hergang der Sache ergibt sich klar, daß der Kläger das Wohnungsrecht d erBeklagten nirgends anerkannt und auf Geltendmachung seines bevorzugten Rechts nirgends verzichtet hat.

Aus diesen Gründen war, unter Wiederherstellung des erstrichterlichen Erkenntnisses, so wie geschehen, zu erkennen."

2c. 2c. 2c.

Für die von dem Obertribunal angenommene buchstäbliche Auslegung des Art. 68 spricht nächst der bestimmten Vorschrift des Art. 71 und neben dem auch in dessen Entscheidungsgründen berührten Umstande, daß zur Zeit des Erscheinens des Pfandgesetzes (und bis zur Ministerialverfügung vom 3. Dezember 1832, §§. 24, 27, 61, 69) eine Menge dinglicher Rechte konstant gar nicht in's Güterbuch aufgenommen wurden und daß somit zu jener Zeit der im Art. 68 vorausgesetzte Fall der Nichtberücksichtigung (des Uebersehens) eines in das Güterbuch regelmäßig aufzunehmenden, eines dorthin gehörigen Rechts bei allen jenen dinglichen Rechten gar nicht zutraf, auch noch ein weiterer innerer Grund.

Digitized by Google

Das Gefährliche dieses Artikels für den Pfandgläubiger liegt nämlich darin, daß er in die Lage kommen kann, weder ein giltiges Unterpfand, noch eine Regreßklage gegen die Pfandbehörde zu haben. Denn nach Art. 59 ist die Pfandbehörde nicht verpflichtet, die Kaufbücher (und Inventur- und Theilungsakten) weiter als bezüglich des neusten Zeitraums, das heißt: bezüglich desjenigen Theils derselben, welcher seit der letzten allgemeinen Richtigstellung des Güterbuchs in der betreffenden Gemeinde neu angewachsen ist, mit dem Güterbuch zu vergleichen. Gesetzt nun, daß A. vor dem neuesten Zeitraum sein Grundstück an B. veräußert hat und daß zwar über die Veräußerung gemeinderäthlich erkannt, aber bei der nachfolgenden allgemeinen Richtigstellung des Güterbuchs die Umschreibung des Grundstücks auf den B. aus Versehen unterblieben ist, so kann es möglicherweise geschehen, daß in der Folge A. das Grundstück, als dessen Eigenthümer er noch im Güterbuch läuft und von dessen Veräußerung das Kaufbuch des neuesten Zeitraumes nichts erwähnt, an den C. verpfändet. C. hat hier kein gültiges Pfandrecht, denn das Eigenthumsrecht des B. ist im Sinne des Art. 68 gewahrt, sofern über die Erwerbung gemeinderäthlich erkannt worden ist. Ebensowenig hat C. eine Regreßklage gegen die Pfandbehörde, welche ihre Pflicht im Sinn des Art. 59 erfüllt hat, sofern von ihr das Güterbuch mit dem Kaufbuch des neuesten Zeitraums verglichen worden ist. Höchstens kann C. gegen den güterbuchführenden Beamten eine Regreßklage erheben, Art. 71, Abs. 2 des Pfandgesetzes.

Indessen wird der besprochene Fall in der Praxis darum nicht leicht vorkommen, weil die Gemeinderäthe mit den Eigenthums verhältnissen auf ihrer Markung gewöhnlich so genau bekannt sind, daß sie — oder jedenfalls das eine oder andere Mitglied derselben — bei dem Versuche eines Nichteigenthümers, ein Gut zu verpfänden, sich des wahren Sachverhältnisses in der Regel auch dann erinnern werden, wenn derselbe im Güterbuch als Eigenthümer laufen und eine deßfallsige Veränderung aus dem Kaufbuch des neuesten

Digitized by Google

Zeitraums nicht zu ersehen seyn sollte. Anders ist es mit der Kenntniß des Gemeinderaths von den dinglichen Rechten. Diese sind bei ihrer unendlichen Verschiedenartigkeit und Menge, bei ihrer oft verwickelten rechtlichen Natur und vermöge des Umstands, daß sie zum großen Theil ohne öffentliches, namentlich ohne ein steuerartiges Interesse sind, den Gemeindebehörden bei Weitem nicht so sicher, so genau und vollständig bekannt, wie die Eigenthumsverhältnisse, und bleiben ihnen, auch wenn dieselben Gegenstand des gemeinderäthlichen Erkenntnisses gewesen sind, viel weniger im Gedächtniß. Es hatte daher der Gesetzgeber, im Hinblick auf Art. 59, einen dringenden Grund, die Ausnahmsbestimmung des Art. 68 auf Eigenthumsrechte an Liegenschaften, auf „Grundeigenthum" zu beschränken. Denn während sie auf diese Weise dem Pfandgläubiger nur in seltenen Fällen wirklichen Schaden bereiten wird, würde sie in der Ausdehnung auf dingliche Rechte häufig die Quelle eines empfindlichen und schwer zu vermeidenden Verlusts für ihn werden.

Uebrigens erstreckt sich das Interesse, welches die Auslegung des Art. 68 des Pfandgesetzes darbietet, seit dem Erscheinen des Pfandentwicklungsgesetzes vom 21. Mai 1828 nicht mehr blos auf die Pfandgläubiger, sondern auch auf die Erwerber von Eigenthum oder andern dinglichen Rechten, beziehungsweise auf die gegenüber von ihnen erforderliche Wahrung der Rechte Dritter, da der Artikel 15 des letzteren Gesetzes bestimmt: daß, wer auf den Grund des Güter- und Unterpfandsbuchs in gutem Glauben und unter beschwerendem Titel Verträge über Erwerb von Eigenthum oder anderen dinglichen Rechten abgeschlossen habe, nach erfolgter Bestätigung dieser Verträge durch die zuständige Stelle und nach Vollziehung derselben auf gleiche Weise wie der Hypothekargläubiger gegen unbekannte Ansprüche Dritter gesichert seyn solle.

So viel von Art. 68.

Die Entscheidung des Obertribunals in dem angeführten Rechtsfall zeigt mittelbar zugleich auch, inwiefern diese

Digitized by Google

Gerichtsstelle in der Auslegung des Art. 67 des Pfandgesetzes von der Ansicht Wächter's abweicht.

Wächter sagt in seinem Handbuch des württ. Privatrechts, Band II. S. 392:

a) Wer zu der Zeit, in welcher die Liegenschaft von dem (scl. im Güterbuch oder dessen Surrogaten) Eingetragenen veräußert, verpfändet oder sonst ein dingliches Recht an ihr bestellt wurde, in dem Vertragsbuche (oder in den in Händen der Behörde befindlichen Inventur- und Theilungsakten) als Erwerber eines dinglichen Rechts aufgeführt ist, hat eben dadurch sein Recht gehörig gewahrt. Das Gleiche gilt

b) wenn das dingliche Recht in Folge eines nach den Gesetzen gerichtlich zu insinuirenden Vertrages erworben wurde und über diesen Vertrag zur genannten Zeit schon gerichtlich erkannt war oder

c) falls das Recht in Folge eines andern Rechtsgeschäfts erworben wurde, wenn schon zu jener Zeit der Behörde die Urkunde seiner Erwerbung eingehändigt worden war.

Zu dem Fall a) verweist Wächter in der Note auf Art. 67 und 68 des Pfandgesetzes und bemerkt weiter: der Art. 67 verweist zwar auf Art. 59 und dieser spricht von den Inventur- und Theilungsakten „von dem neuesten Zeitraum", allein aus Art. 68 ergibt sich, daß die Wahrung nicht auf diesen Theil des Vertragsbuchs und der genannten Akten beschränkt ist.

Nach Wächter's Ansicht, für welche auch der Gerichtshof in seinen oben angeführten Entscheidungsgründen sich ausspricht, gewährt also schon der bloße Eintrag im Vertragsbuche eine nicht bloß interimistische, sondern dauernde Sicherheit. Hätte das Obertribunal diese Ansicht getheilt, so hätte es, da das fragliche Wohnungsrecht unstreitig im Kaufbuch zu N. schon längst vor der Verpfändung des Hauses eingetragen war und da der Art. 67 keineswegs blos vom „Grundeigenthum" (wie Art. 68), sondern

Digitized by Google

von „Rechten" überhaupt spricht, zu einer die Klage abweisenden Entscheidung gelangen müssen.

Es dürfte auch wirklich das, was Wächter zur Begründung seiner Ansicht anführt, nicht überzeugend seyn, und nach dem in seinen Erörterungen, Heft I. S. 191—194 Bemerkten hat es wenigstens den Anschein, als ob er selbst anderer Meinung wäre.

Der Art. 59 sagt: Auf gleiche Weise (nämlich wie im Art. 58, wo vorgeschrieben ist, wie sich die Pfandbehörde da zu verhalten habe, wo zur Zeit noch gar keine Güterbücher bestehen) müssen so lange, als der dermaligen Einrichtung zufolge nicht jede Besitzveränderung sogleich in das Güterbuch eingetragen werden kann, bei einer Verpfändung die Kaufbücher und beziehungsweise die Inventur- und Theilungsakten von dem neuesten Zeitraume mit dem Güterbuch verglichen werden. (Daß Wächter die Worte „von dem neuesten Zeitraum" nicht blos auf die Inventur- und Theilungsakten, sondern auch auf die Kaufbücher bezieht, geht aus seinen

Erörterungen, Heft I. S. 167.

klar hervor und er hat hiebei sicherlich Recht.)

Der Art. 67 sagt sodann:

„Soweit in den, im Art. 58 und 59 bezeichneten Fällen die Stelle der Güterbücher durch andere öffentliche in den Händen der Unterpfandsbehörde befindliche Urkunden vertreten wird, kann es dem Inhaber solcher Rechte, deren Eintragung nicht ausschließend dem Unterpfandsbuche vorbehalten ist (Art. 160), keinen Nachtheil bringen, wenn bei einer Unterpfandsbestellung diese Rechte, ungeachtet sie aus jenen Urkunden zu ersehen gewesen wären, unberücksichtigt geblieben sind." Also nur insoweit gilt ein im Kaufbuch eingetragenes, ein daraus zu „ersehendes" Recht als gewahrt, als überhaupt das Kaufbuch nach Art. 58 und 59 die Stelle des Güterbuchs vertritt. Dieß ist aber nach Art. 59 da, wo Güterbücher einmal bestehen, nur mit dem Kaufbuch des jeweiligen

Digitized by Google

neuesten Zeitraums, das heißt: mit demjenigen Theil desselben, welcher seit der letzten allgemeinen Richtigstellung des Güterbuchs neu angewachsen ist, und ebendeßhalb nur für die Dauer des jeweiligen neuesten Zeitraums, d. h. bis zur nächstfolgenden allgemeinen Richtigstellung des Güterbuchs der Fall. Somit ist jene Art der Wahrung nur eine interimistische.

Nun beruft sich Wächter auf Art. 68, um das Gegentheil zu beweisen. Allein aus letzterem Artikel, welcher gerade den Gegensatz zu Art. 67 bildet, läßt sich Nichts auf diesen herübertragen. Der Art. 68 sichert allerdings dem Erwerber von „Grundeigenthum", wenn über die Erwerbung obrigkeitlich erkannt ist, einen dauernden Schutz seines Rechts gegen künftige Verpfändungen zu, einen Schutz, welcher gerade über die nächstfolgende allgemeine Richtigstellung des Güterbuchs hinausreichen und für welchen es gleichgültig seyn soll, ob die neue Erwerbung bei der Richtigstellung des Güterbuchs berücksichtigt wird oder nicht. Aber es beruht dieser Schutz, neben dem, daß er nur dem Erwerber von Grundeigenthum, nicht auch von dinglichen Rechten gewährt wird, auf einer andern thatsächlichen Voraussetzung, als der des Art. 67. Denn der Art. 68 verlangt ein obrigkeitliches Erkenntniß über den Erwerbungsvertrag, der Art. 67 dagegen setzt nur einen Eintrag im Kaufbuch, aus welchem das zu wahrende Recht ersehen werden kann, voraus (wie auch Wächter selbst annimmt, Handbuch Band II. S. 376, lit. c), S. 392, lit. a), vergl. mit lit. b). Zwar wird ein Eintrag im Kaufbuch in der Regel auch vom gerichtlichen Erkenntniß entweder begleitet seyn oder es wird ihm dieses in kurzer Zeit folgen (VO. vom 21. Mai 1825 §. 23). Allein denkbar ist es gleichwohl, besonders bei Nachläßigkeiten von Seiten des Rathschreibers, daß beide um eine geraume Zeit auseinander fallen oder daß das Eine ohne das Andere vorkommt.

Das aus den Art. 67 und 68, soweit sie bisher be-

Digitized by Google

sprochen wurden, zu ziehende Ergebniß ist sonach folgendes:

1) Grundeigenthum und jede Art dinglicher Rechte an demselben werden gegen nachfolgende Verpfändungen (von Seiten eines im Güterbuch oder dessen Surrogaten Eingetragenen) schon durch bloßen Eintrag im Kaufbuch gewahrt, aber nur vorübergehend, nämlich bis zur nächstfolgenden allgemeinen Richtigstellung des Güterbuchs.

2) Grundeigenthum (nicht auch dingliche Rechte) wird durch das obrigkeitliche Erkenntniß über den Erwerbungs-Vertrag gegen nachfolgende Verpfändungen dauernd gewahrt und es ist in dieser Beziehung gleichgültig, ob die neue Erwerbung bei der nachfolgenden allgemeinen Richtigstellung des Güterbuchs berücksichtigt wird oder nicht.

---

2) Ueber die Wirkung einer von Gemeindevorstehern im Interesse eines Gemeindeangehörigen gemachten Stipulation, insbesondere die Frage über Kompetenz der Administrativ-Justizbehörden und Civilgerichte bei einem sich ergebenden Streit in einem solchen Fall. Dargestellt in einem Rechtsfall über eine von einem Gemeinderath bewirkte Bestellung eines Wohnungsrechts für ein der betreffenden Gemeinde angehöriges mittelloses Ehepaar.

Erkenntniß des K. Obertribunals vom 16. Febr. 1850.

Am 30. Januar 1846 kaufte Joseph G.... v. L. (der Kläger) dem Johann M.... ein halbes Haus, Scheuer und Garten für 346 fl. 42 kr. ab. Der ledigen Schwester des Verkäufers wurde das Recht zum lebenslänglichen Aufenthalt im Haus ausbedungen; auch machten sich G.... und seine Braut durch Nachtrag zum Kaufvertrag verbindlich, den Eltern des G.... den lebenslänglichen Auf-

Digitized by Google

enthalt im Haus unentgeldlich zu gestatten. Daß dieser Nachtrag nicht Folge einer Verabredung zwischen G.... und seinem Verkäufer war, sondern daß die Ortsobrigkeit den G.... und seine Braut zu Uebernahme dieser Verpflichtung in Betracht der gänzlichen Mittellosigkeit der G....'schen Eltern veranlaßte, diese aber hiebei in keiner Weise mitgewirkt haben, ist unbestritten, wie denn auch das außer Streit ist, daß der betreffende Gemeinderath aus der Bitte des G.... um Heirathserlaubniß Veranlassung genommen hat, ihn zu jener Einräumung zu bringen. Dieses Wohnungsrecht wurde nun aber dem Joseph G.... immer lästiger und er klagte nach mehrfachen außergerichtlichen Beschwerden über das unbefugte Verfahren der Ortsobrigkeit von L. und nachdem er selbst E. zu seinem Wohnsitz genommen hatte, endlich am 10. Mai 1848 bei dem Oberamtsgericht darauf, daß die von dem Gemeinderath ihm aufgedrungene Verbindlichkeit aufzuheben oder als nichtig zu betrachten, und daß der Gemeinderath wie zuvor verbunden sey, seinen, des Klägers Eltern eine Wohnung zu verschaffen. Der Gemeinderath ließ sich auf die Klage ein, indem er den Vertrag mit G.... und das eingeräumte Wohnungsrecht aufrecht erhalten wissen wollte, und das Oberamtsgericht B. erkannte: „daß die dem Kläger auferlegte Bedingung, seinen Eltern in dem von ihm erkauften Hause ein lebenslängliches und unentgeldliches Wohnungsrecht einzuräumen, für nichtig zu erklären sey."

Hiebei ging das Oberamtsgericht davon aus, daß der Gemeinderath seine Zustimmung zur Verehelichung nicht an die Bedingung der Aufnahme der Eltern in das Haus habe knüpfen dürfen, sondern jene Zustimmung hätte unbedingt ertheilen oder verweigern sollen.

Der Syndikus der Gemeinde appellirte und bat, indem er die Verpflichtung des Klägers aus dem Vertrage und die Rechtsgiltigkeit des Letzteren behauptete, um Abweisung des Klägers mit seiner unbegründeten Klage, ohne irgend geltend zu machen, daß die Gemeinde nicht die rechte

Digitized by Google

Beklagte sey. Nach Einlauf der Einredeschrift hat der Gerichtshof das oberamtsgerichtliche Erkenntniß abgeändert und dem Kläger wegen mangelnder Sachlegitimation der Beklagten abgewiesen, weil der Gemeinderath bei Stipulirung des Wohnungsrechts bloß als Geschäftsführer der Eltern, um diesen, nicht der Gemeinde, einen privatrechtlichen Anspruch zu erwerben, gehandelt habe, die angestellte negatorische Klage also auch nicht gegen die Gemeinde habe gerichtet werden können.

Gegen diese Entscheidung hat der Kläger eine Nichtigkeitsklage und Appellationsbeschwerde bei dem Obertribunal erhoben. Die Nichtigkeit findet sein Anwalt darin, daß, da es sich nur um den Legitimationspunkt handle, der Kläger durch Erkenntniß abgewiesen worden sey, da doch in einem solchen Falle nur ein Dekret gerechtfertigt wäre. Die Ation wird damit zu begründen gesucht, daß die Beklagte selbst die Einrede der mangelnden Sachlegitimation nicht vorgeschützt, daß der Kläger nicht die negatorische, sondern eine persönliche Klage auf Aufhebung des Vertrags angestellt, daß die Bekl. in eigenem — und nicht im Interesse der Eltern (welchen sie wegen Dürftigkeit eine Wohnung verschaffen mußte) kontrahirt habe, also nicht negotiorum gestor gewesen sey, wie denn namentlich die Eltern selbst nicht in das Haus des Klägers haben einziehen wollen, und der Klage bereits stattgegeben haben, (worüber ein Zeugniß vorgelegt wird), und endlich, daß dem Vertrag die zur Giltigkeit erforderliche gerichtliche Insinuation fehle.

Das Obertribunal erkannte unterm 16. Februar 1850: daß Kläger unter Aufhebung des Erkenntnisses der zweiten Instanz wegen Unzuständigkeit der Civilgerichte mit seiner Klage zurückzuweisen sey.

Entscheidungsgründe des Obertribunals.

Indem der Gemeinderath L.... die von dem Kläger nachgesuchte Heirathserlaubniß nur unter der Bedingung, wenn dieser seinen Eltern den lebenslänglichen unentgeldlichen Auf-

Digitized by Google

enthalt in dem von ihm erkauften Hause einräume, ertheilen zu wollen erklärte, und der Kläger sich dieser Bedingung fügte, ist nicht ein Privatvertrag zwischen der Gemeinde und dem Kläger begründet worden. Denn nicht nur ist es juristisch undenkbar, daß der Gemeinde ein Wohnungsrecht Behufs der Ausübung desselben durch die Eltern des Klägers, bestellt wurde, und auf ein Wohnungsrecht, welches etwa den Eltern des Klägers durch Vermittlung des Gemeinderaths versprochen worden wäre, machen die Eltern selbst keinen Anspruch; sondern es ergibt sich auch aus den vorliegenden Umständen und aus dem eigenen Vorbringen des Gemeinderaths, daß die Absicht sowohl des Gemeinderaths als des Klägers gar nicht auf die Begründung eines privatrechtlichen Dienstbarkeitsrechts gerichtet war, daß vielmehr der Gemeinderath das Gesuch des Klägers um die Zustimmung zu seiner Verheirathung lediglich dazu benützte, um die Gemeinde von der ihr nach dem öffentlichen Rechte obliegenden Verpflichtung, den dürftigen Eltern des Klägers eine Unterkunft zu gewähren, zu entledigen. Darüber nun, ob der Gemeinderath gemäß den Bestimmungen des revidirten Bürgerrechtsgesetzes vom 4. Dezember 1833, Art. 42 ff. und Art. 73 ff. berechtigt gewesen ist, die Verehelichung des Klägers an die erwähnte Bedingung zu knüpfen, ist nur die dem Gemeinderath vorgesetzte Verwaltungsbehörde zu entscheiden befugt.

Dem gemäß waren die Erkenntnisse der vorigen Richter wegen Unzuständigkeit der bürgerlichen Gerichte aufzuheben, und ist dem Kläger zu überlassen, sich, wenn er sich durch die auferlegte Bedingung beschwert erachtet, an die vorgesetzte Verwaltungsbehörde zu wenden.

Bemerkungen des Herausgebers zu vorstehendem Rechtsfall.

Die Ortsmagistrate kommen in Folge der ihnen obliegenden Pflichten häufig in den Fall, für ihre Gemeindeangehörigen oder auch andere Privaten, deren Angelegenheiten in den Bereich ihrer Amtspflicht fallen, Stipulationen zu machen.

Digitized by Google

So kommt es da, wo ihnen eine gewisse Jurisdiction übertragen ist, täglich vor, daß sie bei Verkäufen — Pfandrechtsvorbehalte, Bürgschaften u. s. w. zum Besten der betheiligten Gläubiger stipuliren, ohne daß diese irgend mithandeln, oder bei Schuldenarrangements zum Besten der unbekannten Gläubiger von Dritten Sicherheitsrechte bestellen lassen.

In dem vorliegenden Fall hat der Magistrat von dem Käufer ein Wohnrecht bestellen lassen, zum Besten der Eltern desselben, für deren Sustentation die Gemeinde am Ende einzustehen hatte. In Fällen, wo die Magistratur für diejenigen, für welche sie zu sorgen hat, sey es aus Anlaß einer besonderen amtlichen Funktion, oder im Allgemeinen, Rechte stipulirt, werden von den Gerichten die Grundsätze von Verträgen zum Besten eines Dritten in Anwendung gebracht. Man sagt: obgleich sonst Dritte kein Recht aus Verträgen, bei denen sie nicht mitkontrahirt haben, erlangen, so geschieht dieß doch hier, weil die für sie stipulirende Magistratsbehörde eine Pflicht der Vorsorge und ein unzweifelhaftes Interesse bei der Stipulation hat.

Vergl. Hoffaker, Jahrbücher Bd. 1, S. 472 ff.

In dem vorliegenden Fall wird ein Recht angefochten, das sich ein Ortsmagistrat für Gemeindeangehörige stipulirt hat, für deren Alimentation — wozu auch Anschaffung einer Wohnung gehört, er nicht nur im Interesse dieser zu sorgen, eine allgemeine Pflicht hatte, sofern er nach den bestehenden Grundsätzen für hilfsbedürftige Gemeindeangehörige überhaupt Sorge zu tragen hat, sondern wofür auch im Nothfalle die in letzter Linie alimentenpflichtige Gemeinde, deren Interessen der Ortsmagistrat zunächst zu wahren hatte, selbst einstehen mußte. Hienach sind bei der Sache folgende verschiedene Auffassungen an sich denkbar:

1) daß der Ortsmagistrat bloß mit Rücksicht auf die Hilfsbedürftigkeit der Eltern des Käufers diesen das Wohnungsrecht stipulirt habe und zwar, daß er die, dem Sohn an sich obliegende privatrechtliche Alimentations-

Digitized by Google

pflicht durch ein förmliches Versprechen zum Besten der Eltern habe konstatiren wollen;

2) daß der Magistrat neben dieser Absicht auch zugleich der Gemeinde Befreiung von der ihr obliegenden öffentlich rechtlichen Verbindlichkeit der Anschaffung einer Wohnung für die Eltern des Käufers habe erwerben wollen;

3) daß derselbe bloß der Gemeinde ein Recht habe erwerben wollen, indem er von dem Käufer Vertretung der Gemeinde in der Verbindlichkeit, die Wohnung anzuschaffen, stipulirt habe. Dieses Recht wäre natürlich kein der Gemeinde unmittelbar zustehendes Wohnungsrecht, sondern das Recht, von dem Hausbesitzer zu fordern: daß er ihren Angehörigen eine Wohnung reiche, und damit eine ihr obliegende Leistung erfülle, was an sich rechtlich ebensogut denkbar ist, als wenn A., welcher dem B. den Weg über sein Gut gestatten muß, um hievon frei zu werden, von C. stipulirt, daß er den A. künftig über sein Gut gehen lasse, wobei es sich natürlich nur noch fragt, ob sich B. solches gefallen lassen will und muß.

Die erste Auffassung liegt im Wesentlichen der Entscheidung des Gerichtshofs zu Grunde.

Die hieraus gezogene Consequenz über die Passiv-Legitimation wäre übrigens bloß unter der Voraussetzung richtig, daß die Gemeindebehörde das den Eltern erworbene Recht nicht vertheidigen *wollte*. Denn wie sie wegen ihres mitbetheiligten Interesses ein Recht für die Eltern *erwerben* konnte, so muß es ihr auch zustehen, dasselbe gegen Anfechtung zu *vertheidigen* und der Streit hierüber gehörte in diesem ersten Fall unzweifelhaft vor die ordentlichen Gerichte, da das den Eltern erworbene Recht ein privatrechtliches wäre und den Gemeindevorstehern zustand, das Recht auch nur als privatrechtliches zu vertheidigen.

Im zweiten Fall wäre das den Eltern erworbene Recht gleichfalls ein privatrechtliches, das der Gemeinde erworbene

Digitized by Google

aber ein öffentlich rechtliches. Denn hier wäre der Streit gegenüber von der Gemeinde der: ob die öffentlichrechtliche Sustentationspflicht noch bestehe, obgleich die Gemeindebehörde von dem Käufer eine Zusage erhielt, durch welche jene Verbindlichkeit der Gemeinde aufgehoben werden sollte. Allerdings kann jedoch der Streit sich zugleich auch auf die Gültigkeit des Privatrechts an und für sich erstrecken. In solchen Fällen einer Konkurrenz von Streitigkeiten über öffentlichrechtliche und privatrechtliche Verhältnisse ist nun Grundsatz, zu trennen, und die Entscheidung des einen und anderen Streitpunktes je an diejenige Behörde zu verweisen, wozu derselbe seiner Natur nach gehört.

Vergl. Civil-Practicum des Verfassers I. Heft, S. 68 ff.

Die Reihenfolge, in welcher dieß geschieht, hängt in der Regel von der Wahl des Klägers ab, es wäre denn, daß die Verhandlung und Entscheidung des einen Streits für den anderen präjudiciell werden könnte.

Der dritte Fall gehört vor die Administrativ-Justiz; denn der Streit ist hier, ob die öffentlich-rechtliche Pflicht der Gemeinde bestehe, oder ob sie durch den in Streit gezogenen Akt aufgehoben sey. In dem vorliegenden Fall ist dieß um so gewisser anzunehmen, als der Magistrat die Beistimmung zur Verehelichung des Klägers von der Stipulation des fraglichen Wohnungsrechts abhängig gemacht hatte. Nun verlangt Kläger die Aufhebung oder Nichtigerklärung dieser Stipulation, weil solche auf einer dem öffentlichen Recht unstatthaft gestellten Bedingung ruhe, also auf einem öffentlich-rechtlich ungültigen Rechtstitel. Mag nun der Kläger seine Klage als eine negatorische angestellt haben, indem er Freierklärung seines Hauses von einem auf dasselbe gelegten dinglichen Rechte verlangte, oder mag seine Klage auf Aufhebung oder Nichtigerklärung der an das öffentliche Recht der ehelichen Niederlassung in der Gemeinde geknüpften Verbindlichkeitsübernahme, oder mag sie als eine Klage auf Zuerkennung eines ihm nach dem öffentlichen Recht unbedingt und unbeschränkt zustehenden Rechts der Gemeindegenossenschaft anzu-

Digitized by Google

sehen seyn, — immer liegt hier ein Streit über ein öffentliches Rechtsverhältniß vor und gehört vor die Administrativ-Justizbehörden.

Es entsteht hier allerdings noch die Frage, ob sich die Eltern mit der ihnen von den Gemeindevorstehern stipulirten Wohnung begnügen müssen, welche jedoch hier nicht zu erörtern ist.

---

3) Zur Lehre vom Wasserrecht.

Mit besonderer Rücksicht auf die Begrenzung der Civil- und Administrativjustiz in dieser Materie.

(Fortsetzung des Aufsatzes in Abtheilung II, S. 239 ff.)

II. Rechtsfall. Rekurs im Administrativjustizweg von Seiten des Müllers A. F.... zu B.... gegen den Müller J. H.... daselbst.

Erkenntniß des K. Geheimenraths v. 1. Aug. 1853,

Beschwerde wegen durch die betreffende Verwaltungsbehörde gemachter Auflage der Setzung eines Eichzeichens.

An die Stadt B.... gränzen zwei künstlich angelegte Weiher, welche durch einen Damm von einander getrennt sind, und von welchen der östlich vom Damm gelegene der obere, der westlich gelegene der untere See heißt. Der obere See wird von dem in ihn mündenden Massenbach, theilweise auch von Quellen, welche sich auf seinem Grunde befinden, gespeist; der untere erhält seinen Zufluß von dem obern See, also gleichfalls von dem Massenbach, der weiter unten in die Schwarzach sich ergießt. Am untern See, oder vielmehr am Ablaufe desselben, liegt die Mühle des Rekurrenten F...., die sogenannte Stoppelmühle, auch die mittlere Mühle genannt; sodann weiter unten im Thale die dem Müller J. H.... gehörige sogenannte Roschmühle, welche, wie jene, von dem Ablaufe des untern See's getrieben wird. Ueber die Zeit der Anlage der beiden See'n, sowie der genannten Mühlen geben die Akten keine Auskunft. In früherer Zeit waren die See'n herrschaftliches Eigenthum; nach dem Jahre 1812 aber kam der obere See in den Besitz der Stadtgemeinde

Digitized by Google

B.... und im Jahr 1820 wurde von der Finanzverwaltung auch der untere See und zwar dieser an den Stoppelmüller F.... verkauft.

Seit dieser Zeit fanden Streitigkeiten theils zwischen den Eigenthümern der See'n und den Besitzern der anliegenden Gebäude und Güter, theils zwischen den beiden Müllern unter sich über die Benützung der beiden See'n statt; besonders aber waren solche gegen den Besitzer des untern See's den Stoppelmüller F.... gerichtet; namentlich wegen nicht rechtzeitiger Ziehung der Grundabläße und ungebührlicher Aufstauung des Wassers und dadurch bewirkter Ueberschwemmung der Nachbarhäuser und Grundstücke, ferner wegen Hemmung des Wasserabflusses zum Zwecke der Fischerei, wegen nicht gehöriger Reinigung des Grabens, durch welchen das Wasser von dem obern in den untern See einfließt, endlich wegen Abmangels eines Eichzeichens über die berechtigte Seeschwellung und zwar kam die Bedeutung dieses Eichzeichens in gedoppelter Beziehung zur Sprache; einmal, daß dasselbe die Wasserhöhe bezüglich der Besitzer der an die See'n angrenzenden Häuser und Güter zu bestimmen habe, sodann daß es für Regulirung der Wasserrechte der beiden betheiligten Müller maßgebend werden müsse. Dieser letztere Punkt ist der einzige bei gegenwärtigem Fall in Frage kommende. Von den umfassenden Verhandlungen hierüber ist hier nur anzuführen, daß auf den Grund derselben und insbesondere der hierüber eingeholten technischen Gutachten die K. Kreisregierung am 1. Dezember 1847 im Wesentlichen dahin erkannte: „daß für die Wasserdicke die Mittelzahl von 7″ 5‴ als Norm festgestellt werde, so daß bei einer Wasserdicke von 7½ Dec. Zoll über dem Rinneboden Müller F...., wenn sein Mühlwerk im Gang sey, eine Stellfalle zu öffnen habe, und zu diesem Zweck ein entsprechendes Eichzeichen an der Ufermauer zunächst der Einlaßöffnung des Mühlegerinns anzubringen sey".

Auf die hiegegen von beiden Müllern erhobene Vorstellung, wobei vorkam, daß die bezeichnete Ufermauer wegen

Digitized by Google

einer Straßenkorrektion werde beseitigt werden, und auf das eingeleitete fernere Verfahren erkannte die Kreisregierung am 26. März 1851 weiter: „daß eine Mahlprobe angestellt und auf dieses hin ein Eichzeichen (vorerst provisorisch) gesetzt werden soll".

Gegen dieses Erkenntniß erhob der Müller F.... eine Nichtigkeitsbeschwerde bei dem K. Ministerium des Innern aus dem Grunde der Unzuständigkeit der Administrativbehörden zu Entscheidung des fraglichen Streitpunkts, hauptsächlich sich darauf berufend, daß der Grund und Boden des untern See's in seinem Privateigenthum sich befinde, und er sogar die Befugniß zum Austrocknen des See's habe (worüber er sich auf ein früher in einem andern Prozeß gegen Müller H.... ergangenes gerichtliches Erkenntniß berief). Das K. Ministerium des Innern verwarf die Beschwerde, indem es den Streit als zur Kompetenz der Verwaltungsjustiz gehörig erkannte (ohne materielle Entscheidung). Auf den hiegegen von F.... erhobenen Rekurs verwarf der K. Geheimerath unterm 1. August 1853 die Beschwerde im Wesentlichen aus folgenden Gründen: „daß 1) wie anderwärts in Deutschland so insbesondere auch in Württemberg das Recht, die Anlegung von Mühlen — an Bächen sowohl als an Flüssen — von landesherrlicher Konzession abhängig zu machen, schon frühe von der Regierung in Anspruch genommen und geübt worden, wie denn schon in der Müllerordnung vom 5. Mai 1627, Pkt. I. Die Errichtung von Mühlen ohne herzogliche Genehmigung als eine Unordnung und als etwas Unerlaubtes sich gerügt finde, daß daher in allweg angenommen werden müsse, daß auch die Mühlen zu B...., die sogenannte Stoppelmühle des Rekurrenten F.... und die unterhalb derselben gelegene Roschmühle des J. H...., welche beide von dem durch den obern und den untern See daselbst fließenden Massenbach das Betriebwasser erhalten, einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Verleihung der Mühlgerechtigkeit Seitens der öffentlichen Gewalt als der Inhaberin des Mühlenregals ihre Entstehung verdanken;

Digitized by Google

2) weil jede Benützung von Wasserkräften zum Betriebe von Mühlwerken durch Privatpersonen in einer Verleihung von Seiten der Staatsgewalt ihren letzten Grund habe, selbstverständlich auch die Frage über den Umfang und die Gränzen einer solchen Wasserberechtigung, sowie deren Verhältniß zu der Berechtigung anderer Konzessionirten als eine öffentlich-rechtliche sich darstelle, daher in Fällen, wo über diese Frage Streit entstehe, die Entscheidung allein den Verwaltungs-Justizbehörden zustehen könne;

3) nach diesen Grundsätzen auch in dem vorliegenden Streitfalle, welcher die Frage zum Gegenstand habe, wann der Rekurrent F.... der Mühle des H.... das Wasser von der oberhalb gelegenen Stoppelmühle zufließen zu lassen verbunden und wie zu Bestimmung der Wasserhöhe, bei welcher derselbe seine Stellfalle zu öffnen, der im Punkt 3 der Mühlordnung vom 10. Januar 1729 vorgeschriebene Eichpfahl zu setzen sey, die Zuständigkeit der Regiminalbehörden unzweifelhaft begründet erscheine;

4) diese Zuständigkeit dadurch nicht ausgeschlossen werden könne, daß H.... den in der fraglichen Beziehung gegen F.... erhobenen Anspruch auf einen aus älterer Zeit vorliegenden, nach dem Statutenbuche der Stadt B.... vom Jahr 1554 zwischen den früheren Besitzern der beiden Mühlen abgeschlossenen Vergleich gestützt habe, in dem auch das öffentliche Recht die Verträge, sowie das Herkommen und lagerbüchliche Bestimmungen als Entscheidungsquelle kenne und ein an sich dem öffentlichen Rechte angehöriges Verhältniß dadurch, daß dessen Feststellung im Wege des Vergleichs erfolge, nicht in ein privatrechtliches verwandelt werde;

5) (folgt eine, kein allgemeines Interesse darbietende Ausführung, daß aus dem vorliegenden gerichtlichen Erkenntniß nichts für die gegenwärtige Streitfrage abzuleiten sey).

Es ist anzuführen, daß in dieser Sache insbesondere noch die Frage zur Sprache kam, ob und in wie weit der Um-

Digitized by Google

stand in Betracht kommen könne, daß die in Frage stehenden Mühlen ihr Wasser von dem Massenbach erhalten und ob dieser als ein öffentliches Wasser zu betrachten sey; wie jedoch aus den oben angeführten Entscheidungsgründen des K. Geheimenraths zu ersehen ist, wurde diese Frage nicht zu einem Entscheidungsmoment gemacht. Von den in dieser Beziehung vorliegenden Erwägungen ist Folgendes auszuheben:

„Die auch von der württembergischen Gesetzgebung nirgends entschiedene Frage, ob die bloßen Bäche zu den öffentlichen Gewässern zu zählen seyen, sey eine sehr bestrittene, und nur die öffentlichen Gewässer können als im Eigenthum des Staats befindlich angesehen werden,

Cf. Breyer elementa juris publ. Wirtembergici. §. 295. Schwab, die Konflikte zwischen der Flößerei auf öffentlichen Flüssen u. s. w. §§. 7, 9.

auch weise sowohl die Instruktion für die Kreisregierungen vom 21. Dezember 1819, §. 17a, Ziff. 9, als die K. Verordnung vom 28. Juni 1823, §. 7, Ziff. 20, bloß die Streitigkeiten über die Benützung öffentlicher Wasser den Regiminalbehörden zu. Allerdings müssen selbst nach der Ansicht Derjenigen, welche die Bäche nicht gleich den eigentlichen Flüssen zu den öffentlichen Gewässern zählen, sondern sie als ein natürliches Gesammtgut der angrenzenden Grundstücksbesitzer betrachten und daher dem einzelnen Anlieger die Befugniß zusprechen, das Bachwasser da, wo es an seinem Grundstück vorüberfließt, als Zubehör des letztern anzusehen und ausschließlich zu benützen, die rücksichtlich der öffentlichen Flüsse geltenden Grundsätze, in soweit sie auf die Dispositien über deren Lauf sich beziehen, analog wenigstens auch auf dergleichen kleinere fließende Gewässer angewendet — und könne hiernach der Besitzer eines an einen Bach angränzenden Grundstücks über das seinen Grund und Boden bespülende Wasser nur in der Art zu verfügen für berechtigt gehalten werden, daß hiedurch das Wasser in seinem Laufe nicht aufgehalten, die Richtung desselben nicht verändert, überhaupt den

Digitized by Google

übrigen Ufereigenthümern ihr Recht auf deſſen gleichmäßige Benützung nicht geſchmälert werde.

cf. Mittermaier, Grundſätze des deutſchen Privatrechts, §. 222b; Finke, Beiträge zum Waſſerrecht im civiliſtiſchen Archiv Bd. XII, S. 285 ff.; Kori, über das Waſſerrecht, Ebendaſelbſt, Bd. XVIII, S. 43 ff.; Schwab, die Conflikte. Beil. Heft zum XXX. Bd. des civiliſtiſchen Archivs, S. 20 ff.

Auch ſey darüber kein Streit unter den Germaniſten, daß die Staatsgewalt in Deutſchland vermöge der Waſſerhoheit von jeher das Recht in Anſpruch genommen und geübt habe, in Beziehung auf den Gebrauch der nicht öffentlichen fließenden Gewäſſer nicht weniger, als den Gebrauch der öffentlichen, polizeiliche Anordnungen zu treffen, durch welche im öffentlichen Intereſſe die gegenſeitigen Rechte und Verbindlichkeiten der Ufereigenthümer geregelt und Nachtheile für Andere abgewendet werden, daß alſo auch das Recht der Ufereigenthümer an nicht öffentlichen Gewäſſern dem Waſſerpolizeirechte des Staates untergeordnet und darnach in ſeiner Ausübung, ſoweit das öffentliche Intereſſe eine Beſchränkung fordert, beſchränkt ſey,

Mittermaier, l. c. Maurenbrecher, Lehrbuch d. deutſch. P. R. §. 219. Schwab, l. c. §§. 23—25.

und keinem Zweifel könne es unterliegen, daß die Regierungsbehörden ſelbſtſtändig darüber zu erkennen haben, ob und in wie weit in der fraglichen Beziehung von ihrer Seite im ſtaatspolizeilichen Intereſſe einzuſchreiten ſey *). Wenn ſich

*) Anm. d. Redaktion. Ueber obigen Satz werden in der künftig zu veranſtaltenden Sammlung weitere Rechtsfälle, welche vorzüglich öffentlich rechtliche Streitfragen zum Gegenſtand haben wird, Belege mitgetheilt werden. Inzwiſchen wird hier noch bemerkt, daß die württ. Mühlordnung vom 10. Januar 1729 pkt. VII beſtimmt: „damit auch die benachbarten Feldgüter von den großen Gewäſſern deſto weniger Schaden leiden mögen, ſo ſollen an denen Orten, wo es die Nothdurft erfordert, die Müller bei großen für laufenden Gewäſſern ihre Ablaß-, Schutz- und Stellbretter nach Gelegenheit des Orts und der Geſchworenen Erkennt-

Digitized by Google

daher die Regierungsbehörden veranlaßt finden, vermöge ihres polizeilichen Aufsichtsrechts im allgemeinen Interesse, z. B. um Ueberschwemmungen zu verhindern, Anlagen zu machen oder Verfügungen zu erlassen, durch welche die bisherigen Wassernutzungsbefugnisse der Ufereigenthümer an einem Bache beschränkt werden, so könne in allweg ein Rechtsstreit darüber vor den Civilgerichten nicht zugelassen werden, da dieselben über die Zweckmäßigkeit einer solchen Verfügung keine Rechenschaft vor den Gerichten zu geben haben. Es könne aber auch zwischen den Ufereigenthümern selbst die Frage streitig werden, ob dem einen oder dem andern ein gewisses Wasserbenützungsrecht nach den Gesetzen oder Kraft besondern Titels, z. B. vermöge einer Dienstbarkeit zukomme, ebenso könne es geschehen, daß der Staat für sich zu seinem Vortheile, nicht aus polizeilichen Gründen, eine Berechtigung an einem Bache in Anspruch nehme, von den Ufereigenthümern aber der Anspruch bestritten werde; in beiden Fällen werden wohl nur die Gerichte den Streit zu entscheiden zuständig seyn.

cf. Mittermaier, im civil. Archiv Bd. XXIII, S. 153 ff.

Hienach sey es zum Mindesten zweifelhaft, ob die Kompetenz in vorliegender Sache mit der Eigenschaft des Massenbachs als eines öffentlichen Wassers begründet werden könnte."

Was dagegen die in den Entscheidungsgründen des K. Geheimenraths angeführten Hauptmomente betrifft, ist noch zur Erläuterung hier Folgendes anzuführen:

„Nach den Schriftstellern über deutsches Recht beginnt schon im 12. Jahrhundert die Ansicht in Deutschland sich zu verbreiten, daß das Recht der Benützung öffentlicher Flüsse zum Mühlenbetrieb den Regalien beizuzählen sey. Daß auch in Württemberg schon frühe das Recht von der Regierung in Anspruch genommen worden ist, die Anlage von Mühlen

niß aufzuziehen und das Wasser durchzulassen schuldig seyn." Diese Vorschrift, wenn man sie auch aus dem Mühlregal ableiten und mit dem Concessionsakt in Verbindung setzen will, zeigt jedenfalls daß auch allgemeine polizeiliche Rücksichten für das Einschreiten der Staatsgewalt motivirend werden können.

Digitized by Google

überhaupt von Verleihung der Mühlengerechtigkeit oder von landesherrlicher Konzession abhängig zu machen, dieß erhelle nicht allein daraus, daß gleich der jetzt noch in Geltung stehenden Mühlordnung vom 10. Januar 1729 *) auch die unter Herzog Johann Friedrich am 5. Mai 1627 ergangene „Neue Müllerordnung" pct. 1. die Bestimmung enthält, daß ohne herzogliche Genehmigung weder neue Mühlen angelegt, noch in bereits bestehenden neue Gerb- und Mahlgänge errichtet werden dürfen, sondern insbesondere auch daraus, daß schon diese Mühlordnung von 1627 im Eingange es als eine Unordnung, als etwas Unerlaubtes bezeichnet, daß ohne herzogliche Erlaubniß Mühlen von Einzelnen im Herzogthum neu angelegt und in bestehenden Mühlen neue Gerb- und Mahlgänge eingerichtet worden seyen."

III. Rechtsfall.

Müller K.... von N.... Kläger, At, nun Ant, gegen Müller L.... von da, Beklagten, Anten, nun Aten.

Erkenntniß des K. Obertribunals vom 16. Juni 1846.

Klage — wegen, durch die betr. Verwaltungsbehörde verfügte, und im Administrativjustizweg beharrten Beschränkung des Wasserbauwerks eines Mühlenbesitzers, gerichtet gegen den Wasserwerksbesitzer, zu dessen Gunsten die Beschränkung ausgesprochen wurde.

Bei einem aus Anlaß eines Wasserbauwesens im Jahr 1830 vorgenommenen Untersuchung der an dem sog. Leinbach

*) Hier wird in Pct. II. nach einer Eingangsbemerkung, daß schon bisher die Unordnung vorgekommen, daß Mühleninhaber ohne Unser Consens und Vorwissen Dry-Lauf, neue Gerb- und Mahlgäng in's Werk richten oder auch neue Mühlen von Grund aufbauen lassen," verfügt, „daß Stabsbeamte, wie auch Burgermeister und Gericht durch die verordnete Mühlschauern fleißige Aufsicht hierauf halten, daß die Mühleninhabern eigenen Gewalts und ohne Unsern Fürstl. Consens und Vorwissen keine neue Gerb- und Mahlgäng, entweder durch mehrere Wasserräder oder durch angelegte Dry-Lauf oder sogenannte Dryllis, anrichten, weniger alte Mühlenen von neuem aufbauen, sondern wo sie dergleichen in Erfahrung bringen, solches mit Umständen zu Uns. Fürstl. Amtlei berichten sollen."

Digitized by Google

gelegenen Wasserwerke wurde dem Oel- und Gypsmüller K . . . . die Wegnahme eines an seiner Mühle gefundenen Wehraufsatzes und Erniedrigung der Stellfalle aufgelegt, diese Auflage aber sofort nicht vollzogen. Im Jahr 1835 suchte K . . . . bei der betr. Administrativbehörde Concession nach, seine Gypsmühle in eine Getreidemühle zu verwandeln und zwar im Wesentlichen nach dem bisherigen Stand der Wasserbauten, welchen er als einen längst bestehenden, wohlberechtigten in Anspruch nahm. Während über dieses Gesuch und die sich hiebei bezüglich der Wasserwerksbegrenzung ergebenen Anstände Verhandlungen statt hatten, stellte K . . . . den Wasserbau zur Mahlmühle eigenmächtig her. Nach eingeleitetem weiteren Verfahren wurde sofort zwar dem Müller K . . . . Concession für eine Mahlmühle ertheilt, jedoch unter der Bedingung der Erniedrigung der gegenwärtigen Ablaßfallen und des Wehraufsatzes und unter Bestrafung wegen seiner Eigenmächtigkeit.

Gegen diese Verfügungen betrat Müller K . . . . den Rekursweg bis zur höchsten Administrativjustizinstanz, ohne jedoch eine wesentliche Aenderung der angeführten Auflagen der Erniedrigung seiner Wasserwerkbegrenzung zu bewirken, indem der K. Geheimerath durch Erkenntniß vom 15. August 1840 den Rekurrenten ebenfalls für verbunden erklärte, seinen Wehraufsatz und seine beiden Ablaßfallen zu erniedrigen (mit einer hier nicht näher anzuführenden Modifikation). Nun reichte K . . . . bei dem Oberamtsgericht H . . . . gegen den Müller L . . . ., in dessen Interesse die fraglichen Auflagen ergangen waren und welcher schon bei den bisherigen Verhandlungen vor den Administrativbehörden mit Beschwerden wegen angeblich ihm durch das Wasserwerk des K . . . . zugefügter Beeinträchtigung seines Wasserwerks, namentlich durch Hinterwasser, aufgetreten war und mitgehandelt hatte, eine gerichtliche Klage ein, in welcher er darzuthun suchte, daß er vermöge Vertrags und Verjährung gegenüber von L . . . . das Recht erworben habe, seinem Wehraufsatz und seinen Ablaßfallen die von ihm gewünschte Höhe zu geben und zu erkennen

hat, daß er nicht verbunden sey, seinen Wehrauffatz und seine beiden Ablaßfallen nach dem Verlangen des L .... zu erniedrigen.

Das Oberamtsgericht H.... fällte auch wirklich unterm 9. März 1844 ein dem Antrag des Klägers entsprechendes Erkenntniß, dem die Annahme zu Grunde lag, daß sowohl der dermalige Besitzstand als auch Vertrag und Verjährung für den Kläger sprechen.

Der Gerichtshof hob aber dieses Erkenntniß unterm 8. Januar 1845 wegen Unzuständigkeit der Civilgerichte auf, indem er davon ausging, daß es in der Absicht der Administrativbehörde liege, den von dem Kläger in Anspruch genommenen Höhestand seines Wehrauffatzes und seiner Ablaßfallen aus polizeilichen Gründen für unzulässig zu erklären.

Hiegegen erhob K.... Beschwerde bei dem Obertribunal. In seiner Beschwerdeschrift machte er hauptsächlich geltend, daß nicht nur das Verhältniß zwischen ihm und L .... ein rein privatrechtliches sey, sondern es sich auch im vorliegenden Falle gar nicht von Wahrung eines öffentlichen Interesses handeln könne, da die Mühlen in Frage an einem Bache liegen, der weder schiffbar noch floßbar sey und ebensowenig irgend angedeutet sey, daß der Wasserbau des Klägers die angrenzenden Grundstücke gefährden könne.

Nachdem das Obertribul zu den Akten konstatirt hatte, daß der Geheimerath durch seine über den oben erwähnten Rekurs des Müllers K .... ertheilte Entscheidung vom 15. August 1840 demselben ein Recht auf das von ihm in Anspruch genommene höhere Maß von Wasserkraft aus öffentlich rechtlichen Gründen positiv aberkannt habe, wurde von demselben unterm 16. Juni 1846 die gegen das Erkenntniß des Gerichtshofs erhobene Beschwerde als ungegründet verworfen — im Wesentlichen mit folgenden Gründen:

„Es ist schon von dem Richter voriger Instanz ausgeführt worden, daß die Benützung öffentlicher Wasser aus Gründen des öffentlichen Wohls polizeilichen Beschränkungen unterliegt, über deren Beachtung die Administrativstellen als

Digitized by Google

oberaufsehende Behörden zu wachen haben, und daß Berechtigungen, welche einzelne Betheiligte hinsichtlich der Benützung von Wasserkräften gegenüber von andern Betheiligten durch Privatübereinkunft oder aus irgend einem andern Privatrechtstitel erworben haben, nur insoweit zur Ausübung kommen können, als dieß nicht aus polizeilichen Gründen als unzuläßig erscheint. Die Cognition darüber aber, wie weit der Besitzer einer Wasserkraft aus polizeilichen Gründen in deren Benützung zu beschränken sey, steht allein den Administrativbehörden zu. Wenn daher diese die Ausübung eines Rechts, das ein Betheiligter gegenüber von andern Betheiligten aus Privatrechtsgründen in Anspruch nimmt, aus Gründen des öffentlichen Wohls für unstatthaft erklären, so kann sich jener dagegen nicht auf den Rechtsweg berufen. Im vorliegenden Fall ist von den Administrativbehörden und zwar in höchster Instanz, von dem K. Geheimen Rath erkannt worden, daß der Kläger K.... seinen Wehrauffatz und seine beiden Ablaßfallen auf die in den Akten näher bezeichnete Weise zu erniedrigen habe."

Nun folgt eine Ausführung, daß hiemit eine auf polizeiliche Gründe sich stützende Beschränkung der in Frage stehenden Wasserkraft ausgesprochen worden sey, und sofort die Folgerung, „daß durch die von den Verwaltungsjustizbehörden getroffene Verfügung die Geltendmachung eines Privatrechtstitels von Seiten des Rekurrenten ausgeschlossen sey, indem wie bereits oben bemerkt, ein Privatrecht da nicht zur Ausübung kommen könne, wo solches aus Gründen des öffentlichen Wohls als unzuläßig erscheint, darüber aber, ob die von den Verwaltungsbehörden getroffene Verfügung materiell begründet sey, dem Civilrichter ein Urtheil nicht zustehe.

Anmerkung des Herausgebers.

Die vorstehende Entscheidung ist wohl nicht so zu verstehen, daß unter allen Umständen die Geltendmachung eines Anspruchs bezüglich einer Wasserkraft aus privatrechtlichen Gründen ausgeschlossen sey, wenn derselbe auf dem Verwaltungsjustizwege abgesprochen wurde, und noch weniger, daß

Digitized by Google

ein Privatrechtstitel z. B. ein Vertrag bei einem an sich öffentlichen Rechtsverhältnisse gar nicht wirksam werden könne. Allerdings kann das Gericht nicht auf oder gegen einen Anspruch erkennen, den die Administrativjustizbehörde bereits definitiv ab- oder positiv aus öffentlich-rechtlichen Gründen zuerkannt hat. Allein es kommt täglich vor, daß die Administrativjustizbehörden einen Anspruch ab- oder zuerkennen und daneben den Privatrechtsweg vorbehalten. Nicht das Objekt des Streits für sich, sondern die Natur des im Streit liegenden Rechtsverhältnisses, wobei es immer zugleich auf den Rechtsgrund, um den sich der Streit dreht, ankommt, entscheidet über die Competenz. Wenn die Parthieen über Rechte streiten, welche neben der öffentlich-rechtlichen Begründung auch eine privatrechtliche haben, so ist im Administrativjustizweg bloß bezüglich der ersteren zu erkennen und der Streit über die zweite vorzubehalten, so oft der privatrechtliche Titel neben dem oder gegen den öffentlich-rechtlichen überhaupt wirksam werden kann. Eine irrige Anwendung des an sich richtigen Grundsatzes, daß dem öffentlichen Rechte nicht durch Privatakte derogirt und präjudicirt werden könne, läßt allerdings häufig die richtige Abgrenzung verfehlen. Es kommt Alles darauf an, ob das öffentliche Recht die Geltendwerdung eines Privatrechtsakts absolut ausschließt. So ist es ein anerkannter Grundsatz, daß die Uebernahme der Steuerpflicht von einem Gut durch den Nichtbesitzer nach öffentlichem Recht absolut unstatthaft ist. Wenn der Käufer eines Guts der Steuererhebungsbehörde die Steuer verweigert, weil bei dem Verkauf stipulirt wurde, daß die Steuerpflicht bei dem Verkäufer bleibe, so wird dieß, wenn auch in bester Form stipulirt, nicht beachtet; es kann zwar allerdings die Sache, aber nur wegen Vertretung in der Zahlung oder Entschädigungspflicht zwischen Käufer und Verkäufer an den Richter kommen, was ein ganz anderer Streit ist. Ist dagegen Streit über die Pflicht zu einer Wegunterhaltung und der Markungsinhaber, dem solche im Zweifel obliegt, behauptet, daß der benachbarte Markungsinhaber die Pflicht durch einen

Digitized by Google

besondern Vertrag privatrechtlicher Natur übernommen habe, so wird die Verwaltungsjustizbehörde, je nach Umständen zwar gegen den Markungsinhaber erkennen, aber mit Vorbehalt des Civilrechtsweges bezüglich des Vertrags. Der Unterschied ist schon in dem allgemeinen Rechtssatz begründet, daß den Rechten Dritter nicht derogirt und präjudizirt werden kann durch das, was zwischen andern vorgeht. In soweit, als der Vertrag zweier Privaten das öffentliche Rechtsverhältniß in einer Weise berührt, daß es sich mit den Interessen des Staates oder Gemeinwesens (welche eben den Rechten Dritter gleichstehen) nicht verträgt, trifft der Satz zu, daß über öffentliche Rechtsverhältnisse durch Akte der Privaten nicht disponirt werden könne. Allein es tritt jene Voraussetzung nicht bei allen solchen Verhältnissen, nicht bezüglich aller Dispositionen ein; so ist es bezüglich der angeführten Wegbaupflicht in Württemberg gesetzlich anerkannt, daß solche durch besondere und zwar auch privatrechtliche Dispositionen in einer von dem öffentlich rechtlichen Grundsatz abweichenden Weise normirt sein kann. Wenn ein Gewerbeberechtigter sein Haus verkauft mit der Bedingung, daß in diesem Haus künftig dasselbe Gewerbe nicht betrieben werden dürfe, so wird hiebei in der Regel weder ein Interesse des Staats noch des Publikums berührt seyn, und daher ein Streit, ob der Käufer des Hauses das Gewerbe betreiben darf, vor den Civilgerichten verhandelt werden können, was in der Praxis oft vorkommt. (Vrgl. Mf. I. Absch. 2, S. 260 in der Note.) Allerdings ist aber hiebei immer vorausgesetzt, daß nicht einem solchen Akt das öffentliche Recht oder ein hierauf sich stützendes Erkenntniß der Administrativjustiz im Wege stehe, wie dieß in obigem Fall eintrat, und es ist weiter klar, daß in dieser Auffassung keine Verletzung des Grundsatzes liegt, daß nicht eine und dieselbe Frage der möglicherweise sich widersprechenden Entscheidung der Civilgerichte und Administrativjustizbehörden unterworfen werden darf. Denn, wenn die Administrativjustizbehörde erkennt, A hat kein öffentlich rechtliches Verbindungsrecht gegen B, dieses oder jenes Gewerbe

zu betreiben, das Gericht dagegen ausspricht: A hat das durch den Verkaufsvertrag erworbene Verbietungsrecht, den B an Betreibung des Gewerbes zu hindern, so haben beide Behörden nicht über dieselbe Frage erkannt. Wenn aber die Administrativjustizbehörde erkennt, B darf von A nicht gehindert werden, das fragliche Gewerbe in dem erkauften Haus zu betreiben, weil das Bedürfniß des Publikums gerade hier das Fortbestehen desselben erfordert, so kann das Gericht nicht mehr erkennen; B darf es wegen der Kaufsbedingung nicht betreiben, und nur die Frage, ob der Kauf nicht aufzuheben oder Entschädigung zu leisten sey, also eine wesentlich andere, kann vor das Gericht gebracht werden.

Es ist nun allerdings schon bezüglich der Streitigkeiten über Wasserrechte behauptet worden, daß, weil die Staatsgewalt die Wasserkraft vermöge Hoheitsrechts verleihe, für bestimmte Werke und mit bestimmter Vorzeichnung der Einrichtungen und Betriebsweise, so sey jede Disposition des konzessionirten Besitzers über das durch die Konzession erworbene Recht ohne ausdrückliche Genehmigung der betreffenden Verwaltungsbehörde, und eben so jede stillschweigende Gestaltung des Verhältnisses, also auch Verjährung, unstatthaft und unwirksam und es könne ein Streit über dießfällige Akte und Fragen nie Gegenstand der civilgerichtlichen Verhandlung und Entscheidung werden. Es mag richtig seyn, daß dieß in der Regel der Fall seyn wird, weil das Wasserrecht seiner Natur nach, insbesondere wegen der Gemeinschaftsbeziehungen und Rückwirkungen, die hinsichtlich der verschiedenen an dasselbe Wasser verwiesenen Berechtigten stattfindet, Separatakte und Separatentscheidungen nur zuläßt, sofern sie nicht von Einfluß auf die ganze Ordnung der Dinge oder auf einzelne dritte Berechtigte werden, was selten der Fall seyn wird. Allein ganz undenkbar sind denn doch solche Fälle nicht. Es können zwei Wasserwerksbesitzer einen Vertrag über die Modalitäten der Ausübung ihrer gegebenen Wasserrechte ganz innerhalb der Gränzen der Verleihung und ohne das Ganze oder einzelne Dritte zu berühren, abschließen und nachher in

Digitized by Google

Streit hierüber gerathen, welcher seiner Natur nach ein rein privatrechtlicher wäre. (Vergl. Civil-Praktikum des Herausgebers, Heft 1 S. 72, 73.) Hier wird die Administrativjustiz nach erlangter Ueberzeugung, daß der Fall von dieser Art ist, den Streit vor dem Civilgerichte vorbehalten müssen. Allerdings wird dieß praktisch kaum anders vorkommen können, als so, daß zunächst im Administrativjustizweg über den Streit bezüglich seiner öffentlich rechtlichen Seite erkannt und blos für einzelne bestimmte Fragen die civilrichterliche Verhandlung und Entscheidung vorbehalten wird.

IV. Rechtsfall. Müller K.... von G.... Kläger, Ant, W. Ant, gegen Müller H.... daselbst Beklagten, Aten, W. Aten.

Erkenntnisse des K. Obertribunals, vom 8. Dezember 1847 und 12. Dezember 1849.

Klage auf Hinwegräumung eines Kanals, welcher von dem Beklagten in das Bett eines zum Betrieb der Mühlen beider Partheien dienenden Bachs geleitet wurde.

An einem an dem Orte G. vorbeifließenden Bach besitzt der Müller H.... zwei, der Müller K.... eine Mühle, von denen die des Letzteren die unterste und jüngste ist und erst im Jahr 1829 errichtet worden war.

Im Jahr 1839 ertheilte die betreffende Administrativbehörde dem Müller H.... Erlaubniß zu einer veränderten Einrichtung seiner untern Mühle, welche auch ein Wasserbauwesen in der Art nothwendig machte, daß H.... zum Zwecke der Tieferlegung der Bachsohle von seiner Radstube an eine geraume Strecke bachabwärts eine unterhalb des Bachbettes hinlaufende, nach einer gewissen Entfernung wieder in den Bach ausmündende Dohle anlegte. Der Müller K.... suchte dieses Beginnen bei den betreffenden höheren Administrativbehörden zu hintertreiben, jedoch vergeblich, weil das Eigenthum an dem Bache, das er dießfalls geltend machte, für die Administrativbehörde keinen Grund zu Verweigerung einer sonst an sich begründeten Konzession abgeben könne. K.... betrat deßhalb gegen H.... im Dezember 1843

Digitized by Google

den Rechtsweg bei dem kompetenten Oberamtsgerichte, darauf gegründet, daß derselbe mit der Dohle in das Bett des Baches, welcher ein Privatbach sey, hineinfahre, an welchem er, Kläger, als anliegender Gutsbesitzer, in soweit als der Bach auf beiden Seiten von seinem Grundstück begrenzt werde, ein Eigenthumsrecht habe; er sey daher nicht verpflichtet, solches zu leiden und klage daher auf Hinwegräumung des Werkes. Der Beklagte dagegen behauptete: der Bach sey ein öffentliches Wasser. Letzteres nahm das Oberamtsgericht, sowie in II. Instanz der Gerichtshof als erwiesen an und verwarfen deshalb die Klage.

Hierauf reichte der Müller K.... am 18. Februar 1848 eine neue Klage gegen Müller H.... ein; hierin geht der Kläger selbst davon aus, daß der Bach ein öffentliches Wasser sey, beruft sich darauf, daß öffentliche Gewässer „res communes" seyen, an denen kein Einwohner eines Ortes mehr Recht habe, als der andere, und folgert hieraus, daß der Beklagte nicht berechtigt gewesen sey, die Dohle so, wie geschehen, anzulegen, und sich dadurch ein besonderes Recht an das Wasser des Baches zu verschaffen.

Das betreffende Oberamtsgericht wies zunächst die Klage zurück, weil es sich bei solcher um Benützung öffentlichen Eigenthums des Baches handle und deshalb die Gerichte nicht kompetent seyen. Der Gerichtshof dagegen nahm auf erhobene Berufung des K.... die Kompetenz der Gerichte an und gab dem Oberamtsgericht auf, in der Sache zu erkennen, und nun erkannte das Oberamtsgericht abweisend, weil res judicata vorliege, worauf der Gerichtshof auf von K.... erhobene Berufung aus dem gleichen Grunde bestätigend erkannte. K.... appellirte nun an das Obertribunal, welches unterm 12. Dezember 1849 erkannte, daß die beiden vorigen Erkenntnisse wegen Nichtzuständigkeit der Civilgerichte aufzuheben seyen.

In den Entscheidungsgründen wird ausgeführt, daß die vorliegende Klage nach ihrer thatsächlichen und rechtlichen Begründung von der früheren wesentlich verschieden sey und

Digitized by Google

sie daher nicht aus dem Grunde der rechtskräftig entschiedenen Sache habe abgewiesen werden können, daß ferner der Kläger nicht zu behaupten vermocht habe, daß er durch die Dohleneinrichtung des Beklagten in einem ihm kraft privatrechtlichen Titels zustehenden besonderen Rechte an das Wasser des Baches beeinträchtigt sey, vielmehr die Klage blos auf das gemeinschaftliche Recht Aller, auf die ungehinderte Benützung öffentlichen Wassers sich stütze, worauf es in den Entscheidungsgründen weiter wörtlich heißt: „daß aber dieses Recht ein Ausfluß des öffentlichen Rechtes und daß es dem Verfügungsrechte des Staates über die öffentlichen Gewässer, sey es zu öffentlichen Zwecken oder zu Einräumung besonderer Rechte auf die Wasserkraft an einzelne Privaten, untergeordnet ist, leuchtet von selbst ein. Nun hat der Beklagte seine Dohle auf den Grund einer von der zuständigen Administrativstelle ihm ertheilten Erlaubniß errichtet; die vorliegende Klage ist mithin in der That nichts Anderes, als ein Angriff auf jene Erlaubniß, welche, weil sie kein Privatrecht des Klägers berührt, vor dem Civilrichter nicht angefochten werden kann."

V. Rechtsfall. Müller St.... in W.... Kläger, Ant, gegen die K. Staatskassenverwaltung, Beklagte, Atin.

Erkenntniß des K. Obertribunals vom 2. März 1853.

1) Administrativjustizverfahren über die zum Zwecke der Schifffahrt verfügte Zurückdrängung eines Mühlwehrs.

2) Gerichtliche Klage wegen der zu demselben Zweck unternommene Verlegung des Flußbettes und hierdurch angeblich bewirkter Beeinträchtigung der Wasserkraft des Klägers.

Müller St.... besitzt am Neckar, einem unzweifelhaft öffentlichen Flusse, auf dem, ausländisches Gebiet bildenden linken Ufer eine seit Jahrhunderten ohne nachweisbare Konzessionsertheilung bestehende Mühle, mit einem unregelmäßig in den Neckar eingebauten, bis über die Mitte des Flußbettes, in das württembergische Flußgebiet hineinreichenden Mühlwehr, welches der Schifffahrt vielfach hinderlich wurde. Die

Digitized by Google

betreffenden Administrativbehörden machten es sich, aus Anlaß einer allgemeinen Flußkorrektionsmaßregel, zur Aufgabe, diesen Mißstand zu beseitigen. Im Jahre 1847 wurde zu diesem Behuf beschlossen, das fragliche Mühlwehr vorerst so weit zurückzudrängen, als im Interesse der Flußschifffahrt geboten erscheine, welches zu beschränken die Mühlebesitzer schon nach dem Inhalt der Reichsgesetze (Wahlkapitulation vom Jahre 1792 Art. IV. §. 7) zu keiner Zeit befugt gewesen seyen, und daher um so weniger sich auf den bisherigen Besitzstand berufen können. Ueber die dießfalls getroffene Verfügung wurde auf den von dem Müller St.... ergriffenen Rekurs ein Verfahren vor den betreffenden Administrativjustizbehörden anhängig gemacht, welches jedoch nicht bis zu einem rechtskräftigen Erkenntniß fortgesetzt wurde.

Bei diesem Verfahren kam zur Sprache, daß das Wehr selbst nur als eine dem Strombette selbst angehörige Stein- und Felsenbildung mit einer ungeregelten Anlage eines Steindammes unter dem Wasser erscheine, daß mit demselben selbst in neuerer Zeit mehrfache wesentliche Abänderungen und Ausdehnungen von Seiten des Mühlebesitzers ohne eingeholte Erlaubniß vorgenommen worden seyen, auch daß sich weder Eichpfahl, Fachbaum, noch sonstige bei Wasserbauten übliche Kennzeichen vorgefunden haben. Der Müller St.... berief sich, jede neuere Veränderung an dem Wehr bestreitend, auf seinen unvordenklichen Besitzstand. Die vorliegenden Erkenntnisse aber gingen hauptsächlich davon aus, daß Wasserbauten nur mit landesherrlicher Konzession und unbeschadet der Schifffahrt hergestellt werden dürfen, daß es an den Bedingungen eines festen, seit Menschengedenken unverrückten Besitzstandes fehle, und daß ein unvordenklicher Besitz nur geltend gemacht werden könne, insofern es sich von einer Kunstanlage handle, dagegen auch durch das längste Andauern eines blos verwilderten Zustandes ein Recht auf denselben nicht erworben werden könne.

Während dieses Beschwerdeverfahrens wurde jedoch der Plan, durch eine Abkürzung des Wehrs abzuhelfen, aufge-

Digitized by Google

geben, und beschlossen, durch eine Verrückung der Schiffsgasse gegen das rechte Neckarufer, sowie durch gleichzeitige Tieferlegung derselben (wobei das Mühlwehr unberührt blieb) mittelst Ausbrechung von Felsen die bestehenden Hemmnisse der Schifffahrt zu beseitigen, was auch sofort ausgeführt wurde.

Nun erhob Müller St.... bei dem betreffenden Gerichtshof (wo die den Staat in derartigen Fällen vertretende Staatskassenverwaltung damals ihren Gerichtsstand hatte) Klage auf Schutz im Besitz der zu seiner Mühle gehörigen Wasserkraft gegen die von der Straßenbauverwaltung (damals noch blos angekündigten) Maßregel. Von dem Gerichtshof wurde Kläger wegen Unzuständigkeit der Gerichte in dieser Sache zurückgewiesen, und von dem K. Obertribunal die gegen jenes Erkenntniß erhobene Berufung unterm 2. März 1853 mit folgenden Gründen verworfen.

„Die beabsichtigte Korrektion des Neckarflußbettes bei W...., gegen welche der Kläger Einsprache erhebt, ist eine im öffentlichen Interesse, nämlich zu Erleichterung der Schifffahrt beschlossene, von den zu Verfügungen dieser Art an sich zuständigen Verwaltungsstellen angeordnete Maßregel. Es wird dies von dem klägerischen Anwalt selbst nicht in Abrede gezogen, indem er in der Beschwerdeschrift dieser Instanz zwar bestreitet, daß die Fürsorge für die Schifffahrt in dem Oberaufsichtsrecht des Staates über die öffentlichen Flüsse enthalten sey, dagegen jene Fürsorge für einen Akt der Polizeigewalt erklärt, und den Verwaltungsbehörden das Recht zu Vornahme der fraglichen Flußkorrektion im vorliegenden Falle nur deswegen abspricht, weil dadurch in ein Privatrecht des Klägers eingegriffen werde. Beruht aber die gedachte Maßregel auf der Polizeigewalt des Staates und ist sie von den zu Handhabung dieses Zweiges der Staatsgewalt bestellten Behörden ausgegangen, so können die Gerichte zu einer Einschreitung dagegen nicht zuständig seyn. Denn dem §. 95 der Verfassungsurkunde *), wornach keinem

*) Vergl. Einleitung S. 24 ff.

Bürger, der sich durch einen Akt der Staatsgewalt in seinem auf einem besondern Titel beruhenden Privatrechte verletzt glaubt, der Weg zum Richter soll verschlossen werden, kann die Deutung nicht gegeben werden, daß der Richter befugt seyn soll, Verfügungen der an sich zuständigen Verwaltungsbehörden zu inhibiren, oder außer Wirkung zu setzen, wenn ein dabei Betheiligter sich dadurch in seinem Privatrechte verletzt glaubt. Es würde dies dahin führen, daß die Anordnungen der Regierungsgewalt, möchten diese noch so dringend durch das öffentliche Wohl geboten seyn, von dem Richter im Interesse Einzelner gelähmt werden könnten, was unmöglich in der Absicht der Verfassungsurkunde gelegen seyn kann. Es kann sich in Fällen der gedachten Art höchstens von einer im Rechtswege geltend zu machenden Entschädigungsklage handeln, wie dies auch aus dem §. 30 der Verfassungsurkunde*) sich ergibt. Denn nach diesem hat der Richter bei Expropriationen nur über die Summe der Entschädigung, wenn hierüber Streit entsteht, zu entscheiden. Die Entscheidung darüber aber, ob Jemand gezwungen werden könne, sein Eigenthum oder andere Rechte für allgemeine Zwecke abzutreten, steht dem K. Geheimen Rath zu. Auch ist dem Richter nirgends die Befugniß eingeräumt, die Verwaltungsbehörden an Durchführung der von ihnen im öffentlichen Interesse beschlossenen Maßregeln so lange zu hemmen, bis diejenigen, welche Entschädigungsansprüche geltend machen, um ihre Ansprüche befriedigt sind. Der Kläger konnte mithin selbst dann, wenn es sich bei der in Frage stehenden Flußkorrektion unzweifelhaft von einem Eingriff in ein ihm zustehendes Privatrecht handeln würde, nicht verlangen, von dem Richter in dem Besitze dieses Rechts geschützt zu werden, da die gedachte Flußkorrektion zu öffentlichen Zwecken von der Regierungsgewalt und nicht etwa in fiskalischem Interesse von dem Staat als Privatberechtigten angeordnet worden ist. Ebendeßhalb kann hier auch die Frage dahingestellt bleiben,

*) Vergl. Einleitung S. 34.

Digitized by Google

ob die mit der Mühle des Klägers verbundene Wasserkraft überhaupt zu seiner Privatrechtssphäre gehöre, als ein auf einem besondern Titel beruhendes Privatrecht im Sinne des §. 95 der Verfassungsurkunde zu betrachten sey, und ob der Kläger ein Recht auf die fragliche Wasserkraft in dem von ihm behaupteten Umfang erworben habe. Denn der Kläger klagt nicht auf Entschädigung, sondern verlangt, daß der Beklagte die Ausführung der von ihr beabsichtigten Flußkorrektion wenigstens so lange untersagt werde, bis der Kläger für den ihm angeblich dadurch zugehenden Nachtheil entschädigt seyn werde; zu einer Verfügung dieser Art aber sind die Gerichte dem Ausgeführten zufolge in keinem Falle zuständig."

VI. Rechtsfall. Wittwe B.... in O.... Klägerin, Antin, Mit-Atin, gegen die K. Finanzverwaltung, Beklagte, Atin, Mit-Antin.

Erkenntniß des K. Obertribunals vom 16. Juni 1848.

Klage eines Wasserwerksbesitzers gegen die Finanzverwaltung wegen des durch Flößerei gestifteten Schadens an seinen Wehren.

Die Wittwe B.... besitzt zu E.... am Kocher (einem unzweifelhaft öffentlichen Fluß) eine Kunstmühle und ein Hammerwerk, zu deren Betreibung zwei Wehren über den Kocher angelegt sind; sämmtliche Werke derselben wurden ihren Besitzvorfahren im Jahr 1768 von der damaligen Landesherrschaft im Erbpacht übergeben und im Jahr 1839 das Erbbestandgeld abgelöst. Früher wurde nie Holz auf dem Kocher geflößt, erst seit dem Jahr 1829 brachte die Finanzverwaltung eine solche Flößerei in Gang, indem sie mit den Wasserwerkbesitzern an benanntem Fluß Verträge über Einräumung von Floßgassen einleitete, was ihr jedoch mit der Wittwe B.... nicht gelang.

Im Jahr 1842 trieb ein sehr starker Floß den Kocher hinab und beschädigte die Wehre der Wittwe B.... bedeutend, worauf diese am 22. Juni 1842 gerichtliche Klage auf Schadenersatz gegen die Finanzverwaltung erhob. Die Finanz-

Digitized by Google

verwaltung weigerte sich nicht, Ersatz für denjenigen Schaden zu leisten, welcher sich nach dem jedesmaligen einzelnen Floßgang herausstellte. Die Wittwe B.... dagegen forderte auch für den sogenannten unsichtbaren Schaden, d. h. für denjenigen, welcher in der allgemeinen Abnutzung und Verschlechterung der Wehre liege, Schadensersatz. Dieselbe klagte:

1) auf Entrichtung einer jährlichen Aversalsumme von 40 fl. für den unsichtbaren Schaden für die Vergangenheit;

2) auf Aussprechung einer allgemeinen Verpflichtung zum Schadensersatz für die Zukunft, in der Art, daß, so oft geflößt werde, ein Schadensersatz von jährlich 40 fl. ihr geleistet werde.

Der Gerichtshof (welcher damals noch wegen des privilegirten Gerichtsstandes der Finanzverwaltung in erster Instanz zu erkennen hatte) erkannte zu 1) nach dem Antrag der Klägerin; wies dagegen zu 2) die Klage ab. Gegen dieses Erkenntniß ergriff zu 1) die Finanzverwaltung, zu 2) die Wittwe B.... die Berufung an das Obertribunal.

Das Obertribunal bestätigte das Erkenntniß des Gerichtshofes (nur bei der nicht hieher gehörigen Schadenliquidation, welche durch ein Expertenverfahren ermittelt wurde, trat eine kleine Aenderung ein). In Betreff der Kompetenz ist Folgendes zu bemerken:

Daß der Civilrichter zu Verhandlung und Entscheidung der vorliegenden Klage überhaupt sich für zuständig erachtete, wurde von der Beklagten für eben diese Klage nicht beanstandet. Uebrigens verwahrte sie sich gegen die Zuständigkeit der Civilgerichte im Allgemeinen für die Klagen der vorliegenden Art, und bemerkte, daß sie solcher in der gegenwärtigen Sache nur ausnahmsweise freiwillig stattgegeben habe. Wäre nun der Civilrichter, der seine Zuständigkeit selbst zu prüfen hatte, der Ansicht, dieselbe sey nicht begründet, so könnte sie durch ein solches freiwilliges Stattgeben nicht begründet werden. Es konnte aber mit Grund nicht bezweifelt werden, daß sich der vorliegende Streit vor den Civilrichter eignete. Es handelte sich dabei nicht darum, ob die Beklagte

Digitized by Google

das Recht hatte, das öffentliche Wasser des Kocherflusses überhaupt, oder so wie sie es thut, zum Flößen von Scheiterholz zu benützen; dieses Recht wurde der Beklagten nicht in Widerspruch gezogen; die Klägerin verlangte nur, daß die Beklagte ihr denjenigen Schaden ersetze, den sie durch die Ausübung jenes nicht bestrittenen Rechtes ihr an ihren Wehren, die mit den Werken, zu denen sie gehören, anerkanntes Privateigenthum der Klägerin sind, zufüge. Es fand daher der §. 95 der Verfassungsurkunde*), wornach keinem Bürger, der sich durch einen Akt der Staatsgewalt in seinem auf einem besondern Titel beruhenden Privatrechte verletzt glaubt, der Weg zum Richter verschlossen werden kann, hier seine volle Anwendung.

Vergl. auch Schwab. Die Konflikte der Wasserfahrt auf den Flüssen mit deren Benützung zum Maschinenbetrieb. (Beilageheft zum Archiv für civilistische Praxis Bd. XXX S. 281.)

Im Uebrigen sind von den Entscheidungsgründen des Obertribunals folgende Sätze auszuheben:

A. Bezüglich der Beschwerde der Finanzverwaltung. Die Finanzverwaltung hatte sich über den Rechtsanspruch der Wittwe B.... auf Ersatz des unsichtbaren Schadens nicht bestimmt ausgesprochen. Von dem Obertribunal wurde dießfalls angenommen, daß sich in Württemberg ein allgemeines Herkommen gebildet habe, wornach die Werkbesitzer an die Flößenden wegen erlittener Beschädigungen und Nachtheile einen Rechtsanspruch auf Schadensersatz haben und dabei die Rechtsanschauung, auf welcher dieses Herkommen ohne Zweifel beruhe, dahin ausgeführt:

„Wenn der Staat einem Privaten das Recht einräumt, das Wasser eines öffentlichen Flusses zum Betriebe einer Mühle oder eines sonstigen derartigen Werkes zu benützen und es sofort ohne Einsprache und Vorbehalt geschehen läßt, daß der Private die meist mit beträchtlichem Aufwande ver-

*) Vergl. Einleitung S. 24.

Digitized by Google

knüpften Einrichtungen, durch welche die Benützung des Wassers zu dem betreffenden Zwecke bedingt ist, auf seine Kosten trifft, so kann zwar an sich nicht angenommen werden, daß der Staat damit auf sein Recht, den öffentlichen Fluß zur Holzflößerei zu benützen, habe Verzicht leisten wollen. Wohl aber ist durch jene frühere Einräumung, zumal wenn sie, wie auch in dem vorliegenden Fall geschehen, was unter beschwerendem Titel für den Privaten erfolgt ist, die Verbindlichkeit des Staates begründet, dem Werkbesitzer Ersatz für diejenigen Beschädigungen zu leisten, welche seinen Werken durch die hinterher eingerichtete Flößerei zugefügt werden. Es darf nicht angenommen werden, der Staat habe sich das Recht zum Werkbetrieb unter dem stillschweigenden Vorbehalt abkaufen lassen, dasselbe dereinst durch anderweite Unternehmungen in seinem Interesse ohne Entgelt wieder zu entziehen oder zu beeinträchtigen."

B. Bezüglich der Beschwerdeführung der Wittwe B.... wurde in den Entscheidungsgründen gesagt, „will man sich auch nicht zu dem Entscheidungsgrunde des vorigen Richters bekennen, welcher die Zurückweisung der Klage, soweit sie auf Entschädigung für die Zukunft gerichtet ist, auf den Satz gebaut hat, es gebe in Rechten keine Klage darauf, daß Jemand einem Andern denjenigen Schaden ersetzen müsse, den er ihm „möglicherweise" einmal durch eine seiner Handlungen zufügen werde, will man vielmehr auch annehmen, es habe sich schon durch die ursprüngliche Entschließung der Staatsfinanzverwaltung, den Scheiterfloß auf dem Kocher als ein fortdauerndes Unternehmen einzurichten, eine Entschädigungsverbindlichkeit für dieselbe, überhaupt auch für die zukünftige Zeit, so lange dieses Unternehmen besteht, begründet, insofern dieselbe nur gegen Ersatz des an den Wehren der Klägerin angerichteten, im Allgemeinen schon jetzt gewissen, nicht blos möglichen, unsichtbaren Schadens zu Flößen berechtigt ist, so liegt es doch in der Natur der Sache, daß die Größe dieses Schadens, je nachdem nur Einmal oder mehrere Male des Jahrs geflößt wird, oder auch eine länger

Digitized by Google

dauernde Unterbrechung in der Flößerei eintritt, je nachdem der Floß größer oder kleiner, je nachdem der Wasserstand zur Zeit des Flößens beschaffen ist, eine verschiedene seyn muß, so daß sich nicht zum Voraus bestimmen läßt, ob die Summe des Schadensersatzes, welche die Sachverständigen für die Vergangenheit als gerechtfertigt haben, es auch für alle Zukunft sey."

VII. Rechtsfall. Gemeinderechtsbesitzer v. J.... Kläger, Aten nun Anten, gegen Georg R.... von der Rothmühle, Beklagten, Anten nun Aten.

Erkenntniß des K. Obertribunals vom 7. Dezember 1849.

Klage des Fischereiberechtigten gegen einen Wasserwerksbesitzer wegen Störung des Fischereirechts durch Schöpfen von Flußsand aus einem Arme des betreffenden Flusses.

Die Kläger, welche nach einem mit der Staatsfinanzverwaltung am 14. Januar 1831 abgeschlossenen Kaufvertrage das Fischereirecht in der Jart von der Fohlenweidemühle bis zu der dem Beklagten gehörigen Rothmühle unbestritten zusteht, behaupten, daß der Beklagte, welcher das Recht in Anspruch nimmt, aus einem seine Mühle umfließenden Arme der Jart seinen Bedarf an Flußsand zu schöpfen, damit in ihrem Fischereibezirke eine der Fischzucht schädliche Handlung vornehme und sie in ihrem Fischereirechte beeinträchtige, und stellten daher die Klagbitte, zu erkennen:

„daß der Beklagte nicht berechtigt sey, in dem fraglichen Distrikte der Jart Sand zu schöpfen, und daß er verpflichtet sey, allen durch dieses Sandschöpfen verursachten Schaden zu ersetzen."

Der Beklagte bestreitet, daß der Theil des Flusses, aus welchem er seinen Sandbedarf schöpfe, und den er als einen auf seinem Eigenthum für die Mühle errichteten Abzugsgraben oder Kanal bezeichnet, in das Fischereigebiet der Kläger falle, und daß überhaupt durch sein Sandschöpfen aus diesem Kanal die Fischerei der Kläger gestört und benachtheiligt werde, und behauptet, daß selbst, wenn dem so wäre,

Digitized by Google

den Klägern ein diesfälliges Verbietungsrecht nicht zustehe, weil er sowohl, als seine Vorgänger seit undenklichen Zeiten den Sand aus dem Kanal ausgezogen haben, und weil ihm als Eigenthümer der Mühle das natürliche Recht, Sand zu schöpfen, zustehe, resp. die mühlordnungsmäßige Verbindlichkeit obliege, die Mühlgräben von Sand und Schlamm zu reinigen.

Der Richter erster Instanz hat den Beklagten der Klagbitte gemäß für schuldig erkannt, sich des Sandschöpfens in dem Abzugskanale oder Graben zu enthalten, und den Klägern den durch sein etwaiges Dawiderhandeln für ihre Fischereiberechtigung gestifteten, noch zu liquidirenden Schaden zu ersetzen.

Der Richter zweiter Instanz dagegen hat dieses Urtheil abgeändert und die Kläger mit der erhobenen Klage abgewiesen.

Auf die von den Klägern erhobene Berufung an das Obertribunal wurde von diesem das Erkenntniß zweiter Instanz den 7. Dezember 1849 bestätigt.

In diesem Fall wurde gegen die Kompetenz der Gerichte Anstand erhoben, weil es sich hierin lediglich um ein Nutzungsrecht an einem öffentlichen Wasser (was der Jartfluß unzweifelhaft ist) handle und Streitigkeiten über Inhalt und Umfang eines von dem Staat ertheilten Nutzungsrechtes nicht zur Kompetenz der Civilgerichte gehören, wenn, wie hier, kein Akt vorliege, wodurch die Parthieen unter sich in ein privatrechtliches Verhältniß getreten wären, in welcher Beziehung sich auf die oben Lit. A. v. mitgetheilte Kompetenzentscheidung vom 9. September 1846 berufen wurde. Die betreffenden Gerichte erklärten sich jedoch für kompetent, ob auf den Grund der Annahme, daß die Strecke Wassers, um die es sich handle, ein Privatkanal sey, oder daß die beiderseitigen Rechte — Sandschöpfen und Fischerei — Privatrechte seyen, ist nicht zu ersehen. (Zu einer Ausführung hierüber in den Entscheidungsgründen des Obertribunals lag kein Anlaß vor.) Bei der Entscheidung kam zur Sprache,

Digitized by Google

ob es sich um eine negatorische oder konfessorische Klage handle. Von dem Obertribunal wurde Letzteres angenommen, weil die Kläger als Fischereiberechtigte ein besonderes Vorzugsrecht in Anspruch nehmen, durch welches sie den Beklagten von dem Sandschöpfen in dem fraglichen Jartkanal ausschließen wollen. Die Gründe in der Hauptsache waren, daß die Kläger das behauptete Verbietungsrecht und eine aus der fraglichen Handlung des Sandschöpfens der Fischerei zugehende Beeinträchtigung (soweit es sich nicht um die Laichzeit handle, bezüglich deren der Beklagte der Klage stattgegeben hatte) nicht erwiesen haben, wozu noch eine 30- bis 40jährige ununterbrochene Ausübung des Sandschöpfens (also noch lange vor dem Kauf des Fischereirechts (14. Januar 1831) komme, sonach die Kläger das Fischereirecht nicht anders erworben haben.

VIII. Rechtsfall. Oelmüller Melchior F.... von H.... Kl. Ant. Want, ca. Adlerwirth B.... von da, Beklagten, Aten, Waten.*)

Erkenntniß des K. Obertribunals vom 26. Oktober 1855.

Klage, daß der Beklagte nicht das Recht habe, eine Brunnenquelle, welche auf dem Grundstück des Beklgten entspringt und bisher der Mühle des Klägers zufloß, in sein Brauhaus zu leiten.

Auf der Wiese des Beklagten befindet sich eine Brunnenquelle, welche seit unvordenklicher Zeit ihren Abfluß in einen

*) Der vorliegende Rechtsfall bringt die Anwendung eines schon im Bd. XVII. S. 211 ff. dieser Zeitschrift (vergl. oben E. II.) behandelten Grundsatzes in verschiedenen Richtungen zur näheren Anschauung. Die hier vorliegende Frage ist nach dem dermaligen Stand unseres Gewerbs- und Industriewesens von Bedeutung geworden. Der obige Rechtsfall zeigt, daß ein Wasserwerksbesitzer, welcher vor undenklicher Zeit sein Werk errichtete, mit einigen Quellen, deren Eigenthümer nie daran dachten, hiervon irgend Gebrauch zu machen, und die kostbaren Einrichtungen zu dem Werk vor ihren Augen vor sich gehen ließen, nachdem das Wasser ein Jahrhundert von den Quellen dem Werk zugeflossen ist, — eines Morgens trocken gelegt seyn kann! Das Exorbitante der Sache

Digitized by Google

Mühlbach hatte, welcher durch mehrere solche nach und nach zusammenfließende einzelne, auch in der Nähe liegenden Privat- und Gemeindegütern entspringenden Quellen gebildet

---

ruht nicht in dem Grundsatz des freien Verfügungsrechts des Eigenthümers über die Quelle, sondern darin, daß ein die längste Zeit hindurch bestandener Zustand für sich allein noch nicht als ein Recht begründend angesehen wird. Diesen Mißstand hat die ältere Praxis vielfach dadurch vermittelt, daß die vetus forma-vetustas als für sich ein Recht auf Fortdauer begründend annahm. (Vergl. Schweppé, Privatrecht §. 228.) Doktrin und Praxis haben aber andererseits wohl noch häufiger das Erforderniß einer rechtlichen Eigenschaft des betreffenden Zustandes allgemein aufrecht erhalten, aber ohne weitere Anhaltspunkte darüber, was zu einer solchen rechtlichen Eigenschaft gehöre, als einige spezielle Bestimmungen des römischen Rechts (l. 28. de aqua pluv. (39.3.), l. 35. 4. D. de aqua quot. (43. 20.), woraus der für die dermaligen Verhältnisse kaum ausreichende Grundsatz geschöpft ist, daß der unvordenkliche Zustand Akte involviren müsse, wodurch in das Eigenthum oder die Rechte des Andern eingegriffen werde, wozu noch der Beweis kommen muß, daß dem Andern diese Akte bekannt geworden sind.

Vergl. Monatsschrift Bd. II. S. 369.

Der revidirte Entwurf eines Landeskulturgesetzes von 1853, Art. 163,

vergl. Erläuterungen hiezu von 1855, S. 59 ff.,

entschied sich für diese letztere Ansicht.

Der vorliegende Rechtsfall zeigt, daß der Grundsatz besonders um deßwillen zu einem schroffen Resultat führt, weil in solchen Fällen der Natur der Sache nach selten entscheidende Besitzakte in dem geforderten Sinne nachzuweisen sind. Wenn einmal das Wasser einer solchen Quelle seinen naturgemäßen Abfluß gegen das Werk zu genommen hat, so bedarf es in der Regel keiner weiteren Nachhilfe, als etwa des Wegschaffens von Hindernissen, welches sich aber häufig nicht einmal auf das praed. serviens ausdehnen wird. Was die rechtsphilosophische Begründung des Grundsatzes des freien Verfügungsrechts des Eigenthümers der Quelle betrifft, so kann denn doch die Frage aufgeworfen werden, ob er auch da zutrifft, wo das Wasser seiner Quelle den Abfluß gegen das Werk hin durch die Natur selbst erhalten hat. Man könnte vielleicht sagen, er habe das Eigenthum blos so zu üben, wie es ihm von der Natur selbst angewiesen sey, woraus folgen würde, daß er zwar

Digitized by Google

wird. In einiger Entfernung unter dem Einfluß der fraglichen Quelle in den Mühlbach befindet sich die zu einem vormals von dem Grafen von F.... verliehene, im Jahr 1830 allodifizirten Falllehengut gehörige Oelmühle des Klägers, bei welcher der Mühlbach zunächst in einen Weiher konzentrirt wird, von dem aus sofort ein Kanal das Wasser gegen die Mühle leitet, die einzig von diesem Kanal getrieben wird. Der Beklagte leitete nun die auf seiner Wiese befindliche Quelle in einem thönernen Teichellager (unter dem Boden verschiedener Grundstücke) in sein, in ganz anderer Richtung gelegenes Bräuhaus. Dieß gab dem Oelmüller F...., welcher schon bisher sehr an Wassermangel litt, Anlaß, gerichtliche Klage gegen Adlerwirth B.... zu erheben.

Die Klage wurde damit begründet, daß es im §. 4 des Allodifikationsvertrags heiße:

„Die Gemeinde- und die Privatberechtigungen und Nutzungen, welche das Gut und sein Inhaber bisher hatte, bleiben wie zuvor."

Zu diesen Privatberechtigungen gehören aber seit dem hundertjährigen Bestand der fraglichen Oelmühle die Benützung sämmtlicher Brunnquellen, durch deren Zusammenfluß die Oelmühle getrieben werde. Dieß folge daraus, daß der Kläger und seine Vorfahren die Oehlmühle als ein Falllehengut besessen haben, eine Wassermühle aber ohne Wasser nicht

---

das Wasser für seine Zwecke vollständig verwenden könnte, aber nur so, wie es die Natur gibt. Es kommt hierbei auch das in Betracht, daß der Andere durch den natürlichen Stand der Sache in der Regel auch manchen Beschwerlichkeiten nnd Nachtheilen ausgesetzt war, und es daher legislativ desto eher zu rechtfertigen wäre, demselben auch ein Recht auf den Fortbestand einzuräumen, wenn solcher für ihn von Interesse ist. Hiemit wäre ein sehr wesentliches Temperament gegeben, da in den meisten Fällen das Wasser nach gemachtem Gebrauch doch wieder — wenigstens großentheils — dem Werkbesitzer zufließen würde. Es möchte deshalb doch gerathen seyn, auf die Frage zurückzugehen, wenn der Entwurf des Landeskulturgesetzes zur wirklichen Entscheidung kommt.

Digitized by Google

denkbar sey, wenn sie eine Wassermühle seyn solle, was sie von jeher gewesen sey.

Die Klagbitte war:

„Daß der Beklagte nicht das Recht habe, fragliche Brunnenquelle in sein Bräuhaus zu leiten und daß er daher die zu diesem Behuf bereits begonnenen Grabungen ohne Verzug einzustellen habe."

Im weiteren Verlauf der Verhandlungen wurde sofort hauptsächlich der Titel der lehenbaren Verleihung des Wasserrechts von dem Grafen von F.... als Grundherrn der Güter, auf welchen die Quellen entspringen, sowie der Verjährung — Ersitzung und Immemorialverjährung — geltend gemacht.

Von dem Beklagten wurde die lehenbare Verleihung des Wasserrechts bestritten und besonders auszuführen gesucht, daß dem Kläger kein Besitz des Rechts zur Seite stehe. Dieser gab auch wirklich zu, daß das Wasser ohne künstliche Vorrichtung von seiner Seite seiner Mühle zugelaufen sey, machte jedoch später geltend, daß er insofern positive Besitzesakte ausgeübt habe, als von ihm die Quellen und die Gräben, in welchen dieselben ihren Lauf zur Oelmühle nehmen, von Zeit zu Zeit gereinigt und namentlich auch von Eis und Schnee befreit worden seyen. Derartige Besitzesakte seyen auch auf dem Grundstücke des Beklagten selbst vorgenommen worden.

Dieses Vorbringen wurde beklagterseits bestritten. Der Beweis über diesen Punkt wurde zwar angetreten, aber nicht eingezogen.

Durch Erkenntniß des betreffenden Oberamtsgerichts vom 31. Dezember 1852 wurde die Klage abgewiesen und dieses Erkenntniß, gegen welches der Kläger appellirte, vom Gerichtshof am 18. Mai 1855 bestätigt.

Auszug aus den Entscheidungsgründen des Gerichtshofes.

I. Anbelangend die Frage, ob nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über die Rechte an Quellwasser der Beklagte At zu der von ihm getroffenen Disposition berech-

Digitized by Google

tigt gewesen, so ist es ein bestimmt ausgesprochener Satz des römischen Rechts, daß der Eigenthümer des Grundstücks, auf welchem eine Quelle entspringt, auch alleiniger Inhaber der auf seinem Grund und Boden befindlichen Quelle und als solcher befugt ist, über dieselbe zu disponiren, insbesondere das Wasser ausschließlich für sich zu verwenden.

L. 10. Cod. de serv. et aqua 3, 34.

So ist kraft seines Eigenthums nach

l. 1. §. 12. D. de aqua 39, 3.

der Grundeigenthümer auch befugt, durch Graben auf seinem Grund und Boden die Quelle des Nachbars abzuschneiden.

Derselbe Grundsatz des völligen Eigenthums an der Quelle ist nach

Mittermaier, deutsches Privatrecht, Bd. I. §. 222b. S. 623 der 7. Aufl.

auch für das deutsche Recht anerkannt.

Zu vergl. Archiv für die civilistische Praxis, Bd. XII. S. 287 ff., Bd. XVIII. S. 40 ff.
Holzschuher, Theorie ꝛc., II. Bd. 1. Abtheilung S. 90.
Elvers, Themis, neue Folge Bd. I. S. 425.
Reyscher, württemb. Privatrecht, Bd. I. §. 248, 301.
Monatsschrift, Bd. XVII. S. 216.

Aus dem Begriffe des wahren Eigenthums folgt sodann, daß der Inhaber des Grundstücks, auf welchem die Quelle entspringt, auf die Benützung desselben zu bestimmten Zwecken, wie z. B. zur Wässerung des Grundstücks, nicht beschränkt ist; eine solche Beschränkung ist auch gesetzlich nicht ausgesprochen und kann der Eigenthümer vielmehr zu beliebigen Zwecken über die Quelle disponiren, namentlich auch einem Dritten ein Wasserbenützungs-Wasserleitungsrecht einräumen,

Evers a. a. O. S. 447, 448,

wonach der von dem Kl. Anten hervorgehobene Umstand, daß der Bekl. At das Quellwasser nicht auf seinem Grund und Boden für landwirthschaftliche Zwecke verbrauche, vielmehr die Quelle von seinem Grundstücke ab und in sein Bräuhaus leite, unerheblich ist. Fragen kann es sich nur, ob, wenn der Eigenthümer der Quelle ihr Wasser nicht von

Digitized by Google

jeher ausschließlich für sich benützt, vielmehr seinen Abfluß auf die anliegenden Grundstücke nicht verhindert hat, deren Eigenthümern, welche kraft gesetzlicher Bestimmungen den natürlichen Wasserablauf dulden müssen, etwa nach dem Gesetze auch ein Recht auf jenen Ablauf, insbesondere wenn er seit langer Zeit stattgefunden hat, zusteht. Nach allgemeinen Grundsätzen ist diese Frage zu verneinen, da das Eigenthum durch bloßen Nichtgebrauch der in ihm enthaltenen Befugnisse nicht verloren geht und der bisherige faktische Genuß eines Vortheils, hätte er auch noch so lange gedauert, ein Recht auf denselben nicht verleiht. Gegen ein solches Recht der Anlieger haben sich denn auch unbedingt ausgesprochen:

Kori, im Archiv für civilistische Praxis, Bd. XVIII. S. 42.
Brinz, in Seuffert's Blättern für Rechtsanwendnug, Bd. XV. S. 201.
Monatsschrift, Bd. XVII. S. 227.
Zu vergl. Seuffert's Archiv Bd. I. Nr. 5.
Auch v. Holzschuher, Theorie ꝛc., II. Bd. I. Abtheilung S. 90 ff.

verlangt, wenn der Eigenthümer in der Verbrauchung des Wassers beschränkt seyn soll, den Nachweis „eines besonderen Rechtserwerbs" des Nachbars, und was dieser Schriftsteller davon sagt, daß der Eigenthümer der Quelle nicht durch ein opus manufactum von einem Andern das Wasser ableiten, überhaupt keine positive Veränderung des Wasserlaufs vornehmen dürfe, kann sich nur auf den Fall, wo der Eigenthümer das Wasser nicht vollständig verbraucht und darauf beziehen, daß der Angränzer nur den natürlichen Wasserablauf dulden muß.

Funke im civilistischen Archiv, Bd. XII. S. 289
bemerkt gleichfalls, daß der bloße Ablauf des Wassers an sich ein Recht für den Besitzer des niedrigeren Grundstücks nicht begründen könne und wenn der genannte Autor eine Beschränkung des Quelleigenthümers für den Fall, wo die Quelle den Anfang eines Baches oder Flusses bildet, aus der Natur der Sache ableitet,

a. a. O. S. 297,

Digitized by Google

so kann im vorliegenden Falle, wo der Kl. Ant aus verschiedenen Quellwassern, welche die Mühle treibende Wasserkraft sammelt, von einer zu einem Bache oder Flusse anwachsenden Quelle von einer Quelle, woraus „ein Bach ununterbrochen fortfließt,"

Hagemann, Landwirthschaftsrecht, S. 245, Note 1

die Rede nicht seyn.

Zu vergl. Mittermaier a. a. O. S. 623 und 624.
Monatsschrift a. a. O. S. 218, 226.

Daß diejenigen Stellen des römischen Rechts, welche dafür angeführt werden könnten, daß die bloße lange Dauer des Wasserablaufs — vetus mos atque observatio, consuetudinis forma —

l. 7. 6. Cod. de serv. 3, 34.

ein Recht auf seinen Bestand verleihe, bei richtiger Auslegung dieß nicht besagen, haben

Funke a. a. O. S. 292 ff.
Savigny, System, Bd. IV. S. 502 Note y.
Brinz a. a. O. S. 209 ff.
(Dagegen Hagemann's praktische Erörterungen Bd. VII. S. 209)

gezeigt; — hinsichtlich der Benützung von Regen- und laufendem Wasser das langjährige Bestehen eines faktischen Zustandes — vetustas — als eigenes von der Immemorial-Verjährung verschiedenes Institut hinzustellen, wie dieß nach

Seuffert's Archiv Bd. I. Nr. 68, Bd. II. Nr. 262

in einem Erkenntnisse des Ober-Appellationsgerichts zu Dresden geschehen,

zu vergl. Holzschuher a. a. O. S. 103,

ist unzulässig, da die betreffenden Stellen des römischen Rechts eben auf die unvordenkliche Zeit sich beziehen.

Savigny a. a. O. S. 487 ff.
Mühlenbruch, Pandekten, Bd. II. §. 265 Note 2, §. 458 Note 19.
Wächter, württemb. Privatrecht, Bd. II. S. 823 Note 5.

Und wenn das in

Seuffert's Archiv Bd. II. Nr. 8

angeführte Urtheil des Oberappellationsgerichts zu Dresden

Digitized by Google

der lange stattgehabten Benützung einer Quelle durch die Besitzer der von derselben berührten Grundstücke rechtliche Wirkung deshalb beilegt, weil „in der gleichförmigen Beachtung dieses Sachverhältnisses der Gesammtwille der Interessenten sich ausgesprochen habe," so leuchtet ein, daß bei der Annahme eines Eigenthums an der Quelle auf Seiten des Inhabers des Grundstücks, auf dem sie entspringt, in dem langen, nicht ausschließlichen Verbrauche des Wassers durch den Eigenthümer, dessen Wille, den Adjacenten für alle Zukunft ein Recht auf den Ablauf einzuräumen, keineswegs mit Nothwendigkeit kundgegeben ist.

Auch der Umstand endlich, daß die Benützung des Quellwassers zum Betriebe einer Mühle beansprucht wird, kann eine Beschränkung des Quelleigenthümers nicht zur Folge haben, da mit der Ertheilung der Konzession zum Mühlengewerbe von Seiten des Staates ein Recht auf fremdes Alleineigenthum nicht eingeräumt seyn kann, und es beziehen sich denn auch die vorkommenden Entscheidungen darüber, daß Wassermühlen das zum Mühlenbetriebe erforderliche Wasser nicht entzogen werden dürfe, auf solche Fälle, wo Mühlen an öffentlichen Flüssen oder an, im gemeinschaftlichen Eigenthum der Angränzer befindlichen Privatgewässern angelegt sind.

Bülow und Hagemann, Erörterungen, Bd. I. S. 60.
Seuffert, Blätter für Rechtsanw., Bd. VIII. S. 238, Bd. XVIII. S. 319.
Seuffert, Archiv, Bd. II. Nr. 143, 144; Bd. V. Nr. 140.

Hiernach erscheint die Berufung des Kl. Anten auf allgemeine gesetzliche Bestimmungen als ungegründet.

II. Unbestreitbar ist, daß der Kl. Ant das angesprochene Wasserbenützungsrecht durch Ersitzung erwerben konnte; dagegen fragt es sich, ob die Erfordernisse dieses Erwerbs nach seinem eigenen Vorbringen als zutreffend angenommen werden können.

Bekannt ist, daß zur Ersitzung von Servituten in Ermangelung eines Titels ein fehlerfreier 30jähriger Besitzstand

Digitized by Google

erfordert wird und daß die juris possessio in der Ausübung der in dem fraglichen Rechte enthaltenen Befugnisse mit der Absicht, ein Recht geltend zu machen, besteht, welche Absicht, wie überhaupt, die rechtlichen Erfordernisse des Besitzstandes von dem auf Ersitzung sich Berufenden dargethan werden müssen.

Daß nun der bloße thatsächliche Genuß eines Vortheils — hier des Ablaufs des Quellwassers in das der Mühle zufließende Gewässer — die Ausübung eines Rechtes noch nicht in sich schließt, leuchtet ein, und kommt es daher darauf an, ob der Kl. Ant sonstiges für seinen Besitz Erhebliches anzuführen vermocht hat.

Nun folgt eine Ausführung darüber, daß der Kl. Ant stets zugegeben habe, daß das Quellwasser in Frage kraft des natürlichen Ablaufs dem Mühlwasser zugeflossen, daß es demselben nicht durch künstliche Gräben ꝛc. zugeleitet worden sey ꝛc., und seine erst in zweiter Instanz aufgestellte Behauptung von Besitzhandlungen nach der Art, wie solche vorgebracht worden, wenig Glauben, jedenfalls aber sein Vorbringen, wenn es auch richtig sey, keine Rücksicht verdiene, was dahin ausgeführt wird: „Denn wenn der Kl. Ant zufällige unbedeutende Hemmnisse des Wasserlaufs mit leichter Mühe entfernt hat und dabei „etliche Schritte in des Wirths Wiese" hineingekommen ist, wo liegt hier ein Eingriff in des Bekl. Aten Rechte, wo nur die geringste Störung oder Benachtheiligung desselben? Wie soll darin, daß der Kl. Ant den ihm vortheilhaften Ablauf ohne auch nur auf seinem eigenen Grund und Boden eine dauernde Anstalt dießfalls errichtet zu haben, erhalten hat, die Absicht, ein Recht dem Quelleigenthümer gegenüber auszuüben, ausgedrückt seyn? Wie kann durch die Handlungsweise des Kl. Anten, der Bekl. At zu der Annahme, daß von Ersterem ein Recht ausgeübt werde, welches er — der Bekl. — dulden müsse, veranlaßt worden seyn?" Dem Bemerkten entsprechend, verlangen denn auch

Funke a. a. O. S. 289.
Kori a. a. O. S. 42.

Digitized by Google

Brinz a. a. O. S. 213.
Zu vergl. Monatsschrift, a. a. O. S. 227,

zur Ersitzung einer Gerechtigkeit auf die Benützung abfließenden Quellwassers die Vornahme von Besitzhandlungen auf dem Grundstücke des Quelleigenthümers, durch welche ein Leiden jenes Grundstücks begründet wird, oder die stattgehabte Verhinderung des Quelleigenthümers, eine Veränderung mit dem Wasserlaufe vorzunehmen. Hat nun aber dem Ausgeführten zufolge der Kl. Ant solche Thatumstände, aus welchen die Ausübung der Wassernutzung als eines Rechtes gefolgert werden könnte, nicht angeführt, so kann es auf den Beweis des von ihm Vorgebrachten weiter nicht ankommen und ist die Klage, soweit sie auf Ersitzung gegründet ist, zu verwerfen.

III. Das so eben Bemerkte gilt auch für die Immemorial-Verjährung, auf welche sich der Kl. Ant weiter berufen hat, denn ein bloß faktisches Verhältniß kann durch keine Zeitdauer zum rechtlichen, nothwendigen werden — auch die unvordenkliche Verjährung setzt juristischen Besitz, Ausübung eines Rechts als solchen voraus.

IV. Bezüglich der Behauptung des Klägers, daß ihm, resp. seinen Rechtsvorgängern das angesprochene Wassernutzungsrecht mit der Oelmühle von dem Grafen F.... als dem Grundherrn zu H.... verliehen worden sey, wird ausgeführt, daß der Kläger diese Behauptung blos mit der Thatsache der Verleihung der betreffenden Mühle als einer Wassermühle thatsächlich begründet habe, daß jedoch der Lehenherr an den Kläger kein umfassenderes Wasserbenützungsrecht habe übertragen können, als ihm selbst zugestanden und von einem auch Privatquellen umfassenden Wasserregale, oder davon, daß bei der Verleihung des Nutzeigenthums an einem Grundstücke das Dispositionsrecht über die darauf entspringende Quelle dem Obereigenthümer reservirt geblieben wäre, dem deutschen Rechte nichts bekannt sey,

Mittermaier, deutsches Privatrecht, Bd. I. §. 222.

Digitized by Google

weitere Rechte des Lehenherrn, als eben das Obereigenthum so wenig dargethan seyen, als daß dem Kläger von demselben ein Recht an der Quelle eingeräumt worden sey.

Von dem Kläger, welcher gegen das Erkenntniß des Gerichtshofs die Oberberufung an das K. Obertribunal ergriff, wurde in der Beschwerdeschrift zu zeigen gesucht, daß die Requisite einer erwerbenden Verjährung vorhanden seyen, indem die juris quasi possessio nicht die Detention einer Sache oder ein opus manufactum erfordere, sondern auch in einer Handlung bestehen könne, welche hier die Benüzung der Quelle seit unvordenklicher Zeit bilde, während die Absicht ein Recht auszuüben, in der ununterbrochenen Betreibung der Mühle liege.

Durch Erkenntniß des Obertribunals vom 26. Oktbr. 1855 wurde die Berufung wegen Mangels einer gegründeten Beschwerde verworfen.

Entscheidungsgründe des Obertribunals.

Nachdem bezüglich des freien Verfügungsrechts über die Quelle durch den Eigenthümer des Grundstücks, der Unerheblichkeit der langjährigen Nichtbenützung derselben und des Abflusses des Quellwassers zur Mühle, endlich des Mangels an einem Grund zu Beschränkung des Eigenthumsrechts des Beklagten und der Nichtkonkludenz der hiefür geltend gemachten Thatsachen auf die Ausführung des vorigen Richters Bezug genommen worden ist, wird fortgefahren:

„Was aber den nach der Beschwerdeschrift allein hervorgehobenen Rechtsgrund der erwerbenden Verjährung betrifft, so hätte der Kläger das angesprochene Verbietungsrecht mittelst Verjährung nur dadurch erwerben können, daß er während der Ersitzungszeit den Quasibesitz dieses Rechts ausgeübt hätte. Der Quasibesitz eines solchen Einspracherechts konnte aber der Kläger nicht schon dadurch erlangen, daß der Be-

Digitized by Google

klagte Eigenthümer der Quelle von seinem Rechte der beliebigen freien Verfügung über dieselbe keinen Gebrauch machte, und das Wasser thatsächlich seit langer Zeit in den Mühlbach abfließen ließ; vielmehr hätte ein juristischer Besitz dieses thatsächlichen Zustandes erst durch eine von dem Besitzer der Oelmühle auf dem Eigenthum des Beklagten angebrachte und von dem Letzteren geduldete offene Vorrichtung Behufs der Ableitung des Quellwassers, oder durch die Vornahme einer die anderweite Benützung des Wassers bezweckenden Handlung des Beklagten, durch die Untersagung dieser Handlung Seitens des Klägers und das angesprochene Verbietungsrecht selbst durch die Beruhigung bei diesem Verbot von Seiten des Beklagten während der Verjährung erworben werden können. In diesen Beziehungen fehlt es aber schon an der Behauptung schlüssiger Thatsachen durch den Kläger. Denn, wenn auch derselbe den von der Natur gebildeten Ablaufgraben der Quelle auf dem Grundstück des Beklagten öfters gereinigt und insbesondere im Winter das Eis in der Nähe des Ursprungs der Quelle entfernt haben sollte, so hat der Kläger, abgesehen davon, daß von ihm selbst nicht behauptet wurde, es seyen diese Akte mit Wissen des beklagten Gutseigenthümers vorgenommen worden, damit nichts weiter gethan, als die Hindernisse entfernt, welche dem natürlichen, bis dahin von dem Beklagten selbst gewollten Wasserablaufe zeitweise entgegentraten; der Kläger hat damit nichts vorgenommen, woraus der Quelleigenthümer hätte erkennen können, daß ihn der Kläger hierdurch in der ihm gesetzlich zustehenden freien Benützung des Quellwassers irgend zu beschränken gemeint sey. Ebensowenig ist die in der Beschwerdeschrift erwähnte Thatsache, daß schon länger ein Weiher unmittelbar vor der Oehlmühle angelegt sey, in welchen die einzelnen Quellen geleitet werden, um solche ökonomischer benützen zu können, für die Absicht des Klägers, dadurch gegen den Beklagten das in Anspruch genommene Verbietungsrecht auszuüben, irgend konkludent, da diese Anlage weder auf dem Grundstück des Beklagten und zu Verhinderung des von ihm

Digitized by Google

geänderten Wasserlaufes, noch allein zur Aufnahme und Benützung der in Frage stehenden Quelle errichtet worden ist."

IX. Rechtsfall. Pulverfabrikant L.... zu R.... Kläger, Ant, W. Ant, gegen die Gemeinde R.... Beklagte, Atin, W. Atin.*)

Erkenntniß des K. Obertribunals vom $\frac{10. \text{ Nov.}}{30. \text{ Dec.}}$ 1828.

Klage wegen angeblicher Schmälerung der Benützung eines für die konzessionirte Pulvermühle des Klägers dienenden fließenden Wassers durch das Versetzen des Gemeindewaschhauses an dasselbe.

Der Pulverfabrikant L.... zu R.... und die dortige Gemeinde stritten über die Benützung eines fließenden Wassers, das in dem sogenannten Lochbrunnen auf dem Eigenthum der Gemeinde seinen Ursprung nimmt, in der Nähe des Waschhauses der Gemeinde vorbei, zwischen den Gebäuden der Pulvermühle hindurch nach der Gypsmühle und der Mahlmühle zu J.... fließt. Früher stand das Waschhaus der Gemeinde unterhalb der Pulvermühle seitwärts und beeinträchtigte diese nicht, da das zum Waschen erforderliche Wasser aus dem nahen Dorfbrunnen geschöpft wurde. Durch das im Jahr 1809 versetzte, oberhalb der Pulvermühle situirte Waschhaus hielt sich aber der Pulvermüller für benachtheiligt, weil ihm seit dieser Zeit das zum Waschen erforderliche Wasser aus dem nächst daran liegenden Hauptwassergraben entzogen werde, und nicht mehr auf seine Mühle komme. Der Pulverfabrikant L.... trat daher bei dem Oberamtsgerichte Horb mit einer Klage wegen Störung in der Benützung seines Eigenthums auf, und bat unter Beziehung auf einen Vertrag von 1533 um Schutz in demselben (2. Oktbr. 1825). Durch diesen zwischen der damaligen

---

*) Dieser Rechtsfall ist in den Mittheilungen von Hufnagel Band II. S. 105 enthalten. Es werden jedoch zur Vervollständigung obiger Sammlung die wesentlichen Momente desselben hier mitgetheilt.

Digitized by Google

Herrschaft zu R.... und ihren Unterthanen abgeschlossenen Vertrag wurde der Mahlmühle zu J.... das Recht stipulirt, in Fällen von Wassermangel alle rückwärts befindlichen Brunnen in Anspruch zu nehmen.

Das Oberamtsgericht wies die Klage ab und der Gerichtshof bestätigte dieses Erkenntniß. Die Gründe des Letztern waren neben dem anerkannten Grundsatz, daß in der Regel jeder Grundbesitzer das Recht habe, das durch sein Grundstück fließende Wasser zu benützen, bestehe ebenso der weitere, daß derjenige, welcher ein vorzüglicheres Recht an dieses Wasser anspreche, als seine Nachbarn, diesen Vorzug beweisen müsse. Ein solcher Vorzug werde durch den Vertrag von 1533 nicht begründet, da solcher auf den Kläger gar keine Beziehung habe, vielmehr habe die Gemeinde ein vorzüglicheres Recht, weil das Wasser theilweise auf ihrem Grund und Boden entspringe und daher ein Privatwasser sey, das Gemeindewaschhaus über dem Wasserwerk des Klägers liege, bei Privatwassern aber der oben liegende Besitzer eines Wasserwerks den Vorzug vor einem weiter unten liegenden Wasserwerk habe. (Mevius decis. parte IV. decis. 39.) Uebrigens würde der Gemeinde auch die Verjährung zur Seite stehen, weil sie sich seit fünfzehn Jahren im ruhigen privatrechtlichen Besitz des betreffenden Wassers befinde (Hofacker princ. jur. Rom. §. 102), auch derselben die Grundsätze des interd. de aqua quotid. und interd. de fonte zu Statten kommen. (l. 1. D. de aqua quotid. (43. 20.) und l. 1. D. de fonte (43. 22.)

Durch Erkenntniß des K. Obertribunals vom $\frac{\text{10. Nov.}}{\text{30. Dez.}}$ 1828 wurde das Erkenntniß des Gerichtshofs dahin bestätigt, daß dem Kläger ein Recht, die Bekl. Gemeinde in der Benützung des in Frage stehenden fließenden Wassers, soweit dieselbe solches bei unbeschränkter Anordnung ihrer Waschen nicht entbehren könne, zu hindern, nicht zustehe.

In den Gründen wurde Folgendes ausgeführt:

Digitized by Google

1) Bezüglich der Behauptung des Klägers in III. Instanz, daß er das possessorium mit dem petitorium kumulirt habe, — daß eine solche Häufung in höherer Instanz ganz unzulässig sey, wenn in einer früheren Instanz bestimmt petitorisch geklagt und erkannt worden sey, wie hier; überdies hier der Grundsatz — petitorium absorbet possessorium — eintrete, weil petitorisch erkannt werden könne.

2) Das in Frage stehende fließende Wasser sey zwar nicht als öffentliche Sache im deutsch-rechtlichen Sinn, sondern als res publica — gleichbedeutend mit res communis — im Sinne des römischen Rechts anzusehen (Hofacker princ. jur. Bd. II. §. 746 und stehe deshalb dessen Benützung an sich allen Güterbesitzern, an deren Grundstücken es vorbeifließe, gemeinschaftlich zu (l. 2. §. 1. D. de rer. divis. (1. 8.); Hofacker loc. citat.; Glück Commentar II. S. 492; Bülow und Hagemann, prakt. Erörterungen, Bd. I. Erörter. 3.)

3) Da die Gemeinde seit fünfzehn Jahren das Wasser benütze, so müßte der Kläger ein dieselbe ausschließendes Recht um so mehr beweisen, als vor Allem der sogenannte mos (der 15jährige ungestörte Gebrauch) berücksichtigt werden müsse. (l. 7. C. de serv. et aqua (3. 34.)

4) Dieser Beweis sey nicht geführt, weil

a) der Vertrag von 1533 gar keine Beziehung auf den Kläger habe;

b) die zur Errichtung der Pulvermühle ertheilte landesherrliche Konzession eine desfallsige Bestimmung nicht enthalte und nicht einmal habe enthalten können.

5) Die geltend gemachte Heimlichkeit der Erbauung des Waschhauses wird als faktisch unrichtig ausgeführt, außerdem aber als unerheblich erklärt, weil der Kläger ein Widerspruchsrecht gar nicht dargethan und sich nach anfänglicher Protestation bei der Polizeibehörde 15 Jahre lang beruhigt habe.

Digitized by Google

X. Rechtsfall. Jakob Friedr. C.... und Genossen von C.... Kl., Anten, gegen Staatskassenverwaltung Bekl., Atin.

Erkenntniß des K. Obertribunals vom 8. Dez. 1843.

Klage wegen durch Erhöhung der Straße bewirkten Abschneidens der bestehenden Einfahrt und Zudrangs des Wassers in Hof und beziehungsweise Keller der Kläger.

In Folge der Erbauung der neuen Brücke in C.... wurden die Zufahrtsstraßen derselben auf beiden Seiten bedeutend erhöht. Durch diese Erhöhung auf der, der Stadt C.... zugekehrten Seite erachten sich mehrere Häuserbesitzer daselbst in verschiedenen Beziehungen beschwert. Sie haben sich deßhalb zunächst an die Administrativbehörde gewendet, und als sie hier nichts erreichten, erhoben sie im Dezember 1838 bei dem betreffenden Gerichtshof gerichtliche Klage gegen die K. Staatskassenverwaltung, welche durch Vertrag vom 3. Februar 1834, worin die Stadt C.... sich zu Bezahlung von 25,000 fl. an den Staat verbindlich gemacht hat, dagegen die Vertretung der Stadt gegen etwaige Entschädigungsansprüche betheiligter Gebäudebesitzer übernahm.

Als beschwerende Folgen der Straßenerhöhung haben die Kläger bezeichnet:

1) Daß eine von der Straße durch das Haus des Gottl. Friedr. W.... hindurch führende Einfahrt zu ihren Scheunen und Hofräumen unbrauchbar geworden sey.

2) Daß sich das Wasser in dem gemeinschaftlichen Hofe sammle und in den Keller eines der Kläger eindringe und dort allerlei Verwüstungen verursache.

Die Klage gieng dahin, daß die Beklagte entweder die Straße in einen den Klägern unnachtheiligen Stand wiederherstelle, oder sie für die ihnen zugehenden Nachtheile entschädige. Durch Erkenntniß des betreffenden Gerichtshofs wurde die Klage bezüglich des ersten Punktes abgewiesen, dagegen bezüglich des zweiten Punktes die Staatskassenverwaltung für verbunden erkannt, den Klägern diejenigen Kosten zu ersetzen, welche eine in Gemäßheit eingeholten Gutachtens

Digitized by Google

Sachverständiger zu Abführung des in den Hofraum der Kläger eindringenden Regenwassers zu treffende Dohleneinrichtung erfordere.

Auszug aus den Entscheidungsgründen des Gerichtshofs.

1) Bezüglich desjenigen Theils der Klage, welcher sich auf die durch die Erhöhung der Straße herbeigeführte Unbrauchbarkeit der Einfahrt bezieht, berufen sich die Kläger hauptsächlich auf den Art. 30 der Verfassungsurkunde, nach welchem allen denen, die in Folge der Ausführung allgemeiner Staats- oder Korporationszwecke ihr Eigenthum und andere Rechte abzutreten gezwungen seyen, volle Entschädigung zugesichert sey. Allein der Grund und Boden, auf welchem die den Klägern angeblich nachtheilige Auffüllung geschah, ist nicht Eigenthum der letztern, sondern, wie diese selbst anerkennen, eine öffentliche Straße, an welcher ihnen weder Eigenthums- noch überhaupt andere Rechte zustehen, als die jedem Staats- oder Gemeindegenossen an einer zum öffentlichen Gebrauche bestimmten Sache zustehende Befugniß, dieselbe zu benützen. Diese Befugniß aber ist kein zu der Privatrechtssphäre des Einzelnen gehöriges Recht, für dessen Entziehung oder Schmälerung dieser in Gemäßheit des Art. 30 der Verfassungsurkunde Entschädigung ansprechen könnte. Denn die öffentlichen Sachen (res publicae oder res universitatis), mögen solche nun in Staats- oder Gemeindegütern, die zum Besten des Ganzen verwaltet werden, oder in öffentlichen Sachen. im engern Sinne, die für den Gebrauch der Einzelnen bestimmt sind, bestehen, sind Eigenthum des Staats oder der betreffenden Korporation als moralischer Person und dem Einzelnen steht auch nicht pro rata ein Eigenthumsrecht daran zu.

L. 6. §. 1. D. de divis rer. (1. 8.)
Glück, Erl. d. Pand. Bd. II. §. 171. S. 501 f.
Thibaut, Civ.-Abhandl. Nro. 18. S. 390 f.

Der Staat oder die Korporation, beziehungsweise die

Digitized by Google

mit Ausübung der dießfallsigen Rechte der Gesammtheit verfassungsmäßig beauftragten Behörden sind daher auch allein befugt, über solche Sachen im öffentlichen Interesse zu disponiren, und ihnen steht mithin auch das Recht zu, für zweckmäßig erachtete Aenderungen daran vorzunehmen; der Einzelne aber hat, eben weil er nicht als Miteigenthümer zu betrachten ist, kein Recht, zu verlangen, daß der bestehende für ihn vielleicht gerade besonders vortheilhafte Zustand erhalten oder überhaupt sein spezielles, von dem allgemeinen divergirendes Interesse berücksichtigt werde, es wäre denn, daß er besondere, auf einen privatrechtlichen Titel sich gründende Rechte an der Sache erworben hätte, dergleichen aber von den Klägern in dem vorliegenden Falle keine geltend gemacht werden *).

Insbesondere ist es bei den Land- oder Heerstraßen ein anerkannter Grundsatz, daß die Anlegung oder Verlegung derselben ein Recht der Landespolizei ist.

Eichhorn, Einl. in d. deutsche Pr.-R. §. 272. S. 696.
Struben, rechtl. Bedenk. Bd. II. Nro. 88. S. 331.

Und ebenso muß es von dem Ermessen der Verwaltungsbehörden abhängen, Veränderungen an einer bestehenden Straße vorzunehmen. Wenn daher auch der Einzelne Einrichtungen getroffen hat, die mit einer gerade bestehenden Straßenanlage zusammenhängen und durch eine Veränderung

---

*) Anm. des Herausg. Dieser Satz ist etwas zu vag. Es kann auch ein Anspruch auf einen gewissen Bestand einer Straße aus öffentlich-rechtlichen Gründen erhoben und auf dem Weg der Administrativjustiz verfolgt werden. Es kommt z. B. sehr häufig vor, daß Gemeinden oder selbst Höfe das Recht auf das Fortbestehen eines Vizinalwegs haben, welches bloß deßwegen, weil der Weg der einzelnen Gemeinde durch seine Nähe bequemer ist, aufrecht erhalten wird, während die öffentlichen Interessen im Allgemeinen in anderer Weise vollständig und vielleicht sogar zweckmäßiger befriedigt werden könnten. Allerdings muß aber der Beweis, daß ein solches Recht besonders durch öffentlichen oder Privatrechtstitel erworben wurde, geführt werden. Geschieht dieß nicht, so kann die Verwaltung frei verfügen. S.

Digitized by Google

der Letzteren aufhören, ihrem Zweck zu entsprechen, so kann dieß doch den Staat oder die Gemeinde, in deren Eigenthum die Straße sich befindet, nicht hindern, im Interesse der Gesammtheit Veränderungen daran vorzunehmen, und eben so wenig kann derjenige, dem hieraus ein Nachtheil erwächst, hiefür Entschädigung verlangen; denn der Staat oder die Gemeinde bedienen sich nur ihres, ihnen als Eigenthümern zustehenden Rechts, über die Sache zu verfügen, und wer sich bloß seines Rechts bedient, ist einem andern für den ihm etwa dadurch zugehenden Schaden nicht ersatzpflichtig.

Der Art. 30 der Verfassungsurkunde*) bezieht sich nur auf Eigenthum oder andere wohl erworbene Privatrechte, welche Jemand zum allgemeinen Besten abzutreten gezwungen wird; die Vortheile aber, welche Jemand aus der Benützung einer öffentlichen Sache zieht, sind, wie bemerkt, keine Privatrechte, und wenn gleich die Staatsgewalt auch hiebei nicht nach Willkühr, sondern mit möglichster Schonung des Besitzstandes verfahren soll und verfahren wird, indem die Entziehung solcher Vortheile für den Einzelnen oft nicht minder empfindlich seyn mag, als der Verlust seines Eigenthums, so gehören doch die hiebei zu nehmenden Rücksichten lediglich der Verwaltung an und der Einzelne hat kein Recht auf Entschädigung, indem der Staat dabei nicht in ein fremdes Recht eingreift. Ein Recht auf Schadensersatz würde nur dann begründet seyn, wenn der Staat oder die Gemeinde demjenigen, der auf den Grund einer bestehenden Straßenanlage eine Baueinrichtung getroffen hat, die Zusicherung ertheilt hätte, daß der status quo fortbestehen solle. Allein daß den Klägern eine derartige Zusicherung gemacht worden sey, wird von ihnen gar nicht behauptet; auch kann eine solche Zusicherung nicht etwa darin gefunden werden, daß die Kläger ohne Zweifel in Gemäßheit der bestehenden Vorschriften vor Erbauung ihrer Häuser hiezu die obrigkeitliche Erlaubniß eingeholt haben; denn bei Einholung und Ertheil-

*) Vergl. Einleitung S. 34.

lung einer solchen Erlaubniß handelt es sich nur von einer Untersuchung darüber, ob dem beabsichtigten Bauwesen keine polizeilichen oder privatrechtlichen Hindernisse im Wege stehen, nicht aber von einer dem Bauenden zu ertheilenden Zusicherung, daß keine ihm nachtheilige Veränderung an dem angrenzenden Eigenthum Anderer werde vorgenommen werden. So wenig daher derjenige, der durch die Verlegung einer Landstraße an seinem Gewerb Nachtheil erleidet, oder derjenige, dessen Haus dadurch an Werth verliert, daß ein daran stoßender freier Platz überbaut wird, hiefür Entschädigung anzusprechen befugt ist, so wenig ist ein solcher Anspruch für denjenigen begründet, der auf seinem Eigenthum Baueinrichtungen getroffen hat, die mit der bestehenden Straßenanlage zusammenhängen und durch eine Veränderung dieser Letzteren für ihn nutzlos werden.

Hiernach waren die Kläger mit ihrer Klage, soweit sie sich auf die erschwerte Einfahrt in ihren Hofraum bezieht, abzuweisen.

Betreffend dagegen:

2) die Behauptung der Kläger, daß in Folge der vorgenommenen Erhöhung der Straße das Wasser in dem gemeinschaftlichen Hofe der Kläger sich sammle und diesen verunreinige, auch in den Keller des Klägers W.... sich ergieße, so ist der Eigenthümer eines Grundstücks nicht befugt, an diesem solche Einrichtungen zu treffen, wodurch der natürliche oder hergebrachte Abfluß des Wassers zum Nachtheil des Nachbars eine Abänderung erleidet, und Letzterer kann sich dagegen, wenn es sich von einem Feldgrundstück handelt, mittelst der actio aquae pluviae arcendae, wenn es sich aber von einem Gebäude handelt, mittelst der actio negatoria de stillicidio vel flumine schützen.

l. 8. §. 5. D. si serv. vind. (8. 5.)
l. 1. §. 1. 17. 19. 23. D. de aqua et aquae pluv. (39, 3.)
Voet. Comm. ad Pand. 39. 3. §. 4.
Wening-Ingenheim, Lehrb. II. 12. Notea. Bd. 1. S. 211.

Daß nun im vorliegenden Falle den Klägern in Folge

Digitized by Google

der vorgenommenen Straßenerhöhung die behaupteten Nachtheile wirklich zugehen, ist durch das Gutachten der vernommenen Sachverständigen, gegen welches von keinem der streitenden Theile eine Einwendung erhoben worden ist, dargethan, indem die Sachverständigen bestätigen, daß in Folge der Erhöhung der Straße mehr Wasser als früher in den Hofraum der Kläger eindringe und dieser dadurch zeitweise unpraktikabel werde, auch bei heftigen Platzregen ein Eindringen des Wassers in die Keller möglich sey. Die Kläger können nun zwar nicht verlangen, daß zu Abwendung dieser Nachtheile die Straße in ihren früheren Zustand wieder hergestellt werde, indem die veränderte Einrichtung der Straße durch öffentliche Zwecke geboten war, in welchem Falle in Gemäßheit des §. 30 der Verfassungsurkunde jeder Staatsangehörige gezwungen werden kann, sein Eigenthum sowohl, als auch andere Rechte abzutreten, wie denn auch die Kläger die vorgelegene Nothwendigkeit einer Erhöhung der Straße und ihre Verbindlichkeit, diese vornehmen zu lassen, an sich nicht in Abrede ziehen, sondern nur alternativ entweder Wiederherstellung des früheren Zustandes oder angemessene Entschädigung verlangen. Der letztere Anspruch aber erscheint, soweit er sich auf die Nachtheile bezieht, welche den Klägern durch den veränderten Lauf des Regenwassers zugehen, allerdings als begründet, da es sich in dieser Beziehung nach dem oben Angeführten von einem den Klägern nach Privatrechtsgrundsätzen zustehenden Rechte handelt und zu Abtretung oder Aufgeben eines solchen der Berechtigte in Gemäßheit des erwähnten §. 30 der Verfassungsurkunde nur gegen volle Entschädigung angehalten werden kann. Laut des gedachten Gutachtens der Sachverständigen kann den in Frage stehenden Nachtheilen durch eine zweckmäßige Herstellung der Dohle, welche das Wasser aus dem Hofraum der Kläger auf die Straße führt, begegnet werden und die hierauf zu verwendenden Kosten sind es also, zu deren Ersatz an die Kläger die Beklagte für verbunden erklärt werden mußte.

Es ließ nun die Beklagte das Erkenntniß des Gerichts-

hofs im zweiten Punkt rechtskräftig werden; bezüglich des ersten appellirten die Kläger an das Obertribunal, welches aber am 8. Dezember 1843 rejektorisch erkannte.

Auszug aus den Entscheidungsgründen des Obertribunals.

Die erste Alternative der Klagebitte (auf Wiederherstellung der Straße in den vorigen Zustand) ist offenbar unstatthaft, weil, wie schon der vorige Richter bemerkt hat, die veränderte Straßeneinrichtung durch öffentliche Zwecke geboten war, denen sich auch die Kläger unterordnen mußten. Sie haben sich denselben in der That auch untergeordnet, und die Nothwendigkeit einer Straßenerhöhung und ihre Verbindlichkeit, dieselbe vornehmen zu lassen, stillschweigend dadurch anerkannt, daß sie solche ohne Einsprache ausführen ließen. Wenn ihnen daher auch wirklich, wie sie in der Beschwerdeschrift der gegenwärtigen Instanz behaupten, das römisch rechtliche interdictum ne quid in loco publico vel itinere fiat zugestanden wäre, so könnte sie doch jetzt nicht mehr darauf zurückgreifen, weil, wie das Gesetz sagt, dieses Interdikt ein interdictum prohibitorium, non restitutorium ist.

l. 2. §. 17. Dig. h. tit. (43. 8.)

Was sodann die Entschädigungsansprüche der Kläger betrifft, so ist gewiß, daß sie nicht in die Lage versetzt wurden, einen Theil ihres Eigenthums zu der neuen Straßenanlage abtreten zu müssen. Nun muß zwar nach dem §. 30 der Verfassungsurkunde auch für die gezwungene Abtretung „anderer Rechte" volle Entschädigung geleistet werden. Es ist jedoch kein Zweifel, daß unter diesen „andern Rechten" nur solche Befugnisse zu verstehen sind, welche wie das Eigenthum in die Privatrechtssphäre der Unterthanen gehören. Nun wird, zunächst unter Berufung auf die Entscheidungsgründe des Gerichtshofs, ausgeführt, daß der vor der neuen Straßeneinrichtung bestandene Zustand für die Kläger kein privatives Recht auf die Fortdauer dieses Zustandes für alle Zeiten habe begründen können, welchem auch nicht die von

Digitized by Google

v. Savigny, in System des röm. Rechts Bd. VI. §. 195—201. S. 480 ff.

aufgestellten Grundsätze über die unvordenkliche Zeit im Weg stehen, in welcher Beziehung weiter gesagt ist:

„Wenn v. Savigny auch davon ausgeht, die unvordenkliche Verjährung sey das Surrogat der Ersitzung bei solchen Rechten, auf welche nach ihrer publizistischen Natur und Entstehungsart die Ersitzung selbst nicht anwendbar sey (S. 484), so fordert er doch für die Anwendung des Instituts in heutigem Rechte als erste Bedingung das Daseyn eines eigentlichen Besitzes, eines Privatbesitzes, d. h. einen Zustand, worin der Genuß gewisser Vortheile nicht ein blos zufälliger und willkührlicher war, sondern als Ausübung eines Rechts erschien (S. 510. 514. 516.). Hieran fehlt es aber gerade in dem vorliegenden Falle." Es wird nun noch weiter gezeigt, daß eine weitere Ausdehnung der fraglichen Grundsätze, wie sie Kläger versuchten, in der Anwendung zu unhaltbaren Resultaten führen würde, so namentlich, daß die Kläger hätten einem (wirklich anfänglich gemachten) Projekt: die Brücke bei C.... an einer andern Stelle über den Neckar zu führen, entgegentreten, oder darauf klagen können, daß sie um dasjenige entschädigt werden, um was ihre Häuser und Gewerbe durch die veränderte Richtung der Brücke und durch sie des Hauptverkehrs minder werth geworden wären.

Inhalt.

Seite

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

1) Zur Lehre von Leibzuchtsrechten, Leibgedingen, Wohnungsrechten, — insbesondere zur Frage über Dinglichkeit und Kollision derselben mit Pfandgläubigern 341

2) Ueber die Wirkung einer von Gemeinde-Vorstehern im Interesse eines Gemeinde-Angehörigen gemachten Stipulation; insbesondere die Frage über Kompetenz der Administrativ-Justizbehörden und Civilgerichte bei einem sich ergebenden Streit in solchem Fall. Dargestellt in einem Rechtsfall über eine von einem Gemeinderath bewirkte Bestellung eines Wohnungsrechts für ein der betreffenden Gemeinde angehöriges mittelloses Ehepaar. 401

3) Zur Lehre vom Wasserrecht, mit besonderer Rücksicht auf die Begrenzung der Civil- und Administrativ-Justiz in dieser Materie 408

Digitized by Google

Alphabetisches Sach-Register.

Die Zahlen bezeichnen die Seiten.

A.

Administrativ-Justiz-Behörden 31.
— — Kompetenz derselben, s. Competenz.

B.

Beglaubigungen 305.
Beschlagnahme des Vermögens bei widerspenstigen Militär-pflichtigen 124.
Besitz-Klage, deren Erfordernisse 258. 444.
Brand-Versicherung für Häuser; über das Entschädigungs-Prinzip derselben 188.

C.

Cautio de damno infecto, zur Lehre von derselben 248.
Competenz der Administrativ-Behörden und der Civil-Gerichte bei Beschlagnahme des Vermögens widerspenstiger Militär-Pflichtigen 124.
bei Brand-Versicherungs-Streitigkeiten 193.
in Wasser-Streitigkeiten 240. 250. 254. 258. 408. 415. 424. 428.
Concession von Wassernutzungs-Rechten 250. 256. 258. 408. 424.
Concurs, Einfluß desselben auf Wechsel-Verjährung 112.

D.

Diebstahl, — freiwilliger Ersatz als Strafmilderungs-Grund 277.
Dingliche Natur der Leibzuchts-Rechte 341 u. f.

E.

Ehescheidung; Dispensation geschiedener Ehegatten behufs der Wiederverehlichung 296.

Digitized by Google

Eigenthum, Schutz desselben gegen störenden Gewerbe-Betrieb 135.
Einrede der Zahlung im Wechsel-Verfahren 12.

F.

Freiwillige Gerichtsbarkeit in Württemberg 37.
Fischerei
Flößerei } s. Wasser-Recht.

G.

Gemeinde-Behörden, Wirkung von Stipulationen derselben zu Gunsten dritter 401.
Gerichte, Competenz derselben, s. Competenz.
Gerichtsbarkeit, s. freiwillige Gerichtsbarkeit, Competenz, Administrativ-Justiz.
Gerichts-Verfassung, württembergische, in Strafsachen 19.
Geschäfts-Behandlung, Bemerkungen hiezu 303.
Gesetz über die allgemeine Brandversicherungs-Anstalt für Gebäude (vom 14. März 1853, Art. 19. 24.) 188.
Geständniß, gerichtliches; Einfluß auf Wechsel-Verjährung 117.
Gewerbe-Betrieb, Einsprachrecht der Nachbarn gegen einen solchen 135.
Gewerbe-Ordnung, württembergische, über einige Bestimmungen derselben 147.

H.

Hauptmängel der Hausthiere; Verfahren bei Streitigkeiten über solche 169.

I.

Ingrossation von Leibgedingen u. s. w. 342 u. f.

L.

Landeskultur-Gesetz, Entwurf eines solchen, insbesondere das Pfändungs-Institut desselben 283.
Legislatorische Bemerkungen zur Lehre von den Hauptmängeln, s. Hauptmängel; vom Pfändungs-Institut, s. Landeskultur-Gesetz.
Leibgedinge, Leibzucht, zur Lehre hievon 342.
Litteratur über württembergisches Recht 10.
— — Dr. C. G. v. Wächter, das sächsische Strafrecht 312.
— — Obertribunalrath v. Sarwey, Civilpraktikum 317.
— — Schübler, die Gesetze über Niederlassungen in den deutschen Staaten 321.

Digitized by Google

Litteratur: Schübler, die Gemeinde-Ordnung Württembergs 324. — — Allgemeine Bibliographie von Brockhaus 328.

M.

Militärpflichtige, widerspenstige, Beschlagnahme des Vermögens derselben 124.

N.

Nachbarn, Einspracherecht derselben gegen störenden Gewerbe-Betrieb 135.

O.

Oeffentliche Wasser, s. Wasser-Recht.
Ordinationen über das Wesen und die Bedeutung derselben 4 u. f.

P.

Pfändungs-Institut 283.
Pfandrecht, dessen Kollision mit Leibzuchtsrechten 364. 373. 377. 385.
Privat- und öffentliches Wasser 246. 254. 258. 408. 422. 446.
Prozeß, ein langer Prozeß 165.

R.

Revision des Strafgesetzbuchs 15.
Rechtsquellen, württembergische 5.
Rechtszustände, württembergische, zur Orientirung über dieselben 4.

S.

Schifffahrt, s. Wasser-Recht.
Schadenersatz-Pflicht bei der Flößerei 428.
Staatsdiener vom Verwaltungsfach, Versetzung solcher auf geringere Stellen 213.
Strafrecht und **Strafprozeß** in Württemberg 12.

U.

Uferbau 246. 250. 428. 432.
Unterbrechung der Wechsel-Verjährung 114.

V.

Versicherung von Gebäuden gegen Brandschaden, s. Brand-versicherung.

Digitized by Google

Veränderung des natürlichen und hergebrachten Wasserlaufs 239. 408.
Verjährung der Wechsel, Einfluß des Concurses auf solche 112.
— im Fall eines Wechsel-Erkenntnisses 117.
—, erwerbende und erlöschende bei Wassernutzungs-Rechten 424. 432. 434. 447. 449.
Versetzung der Staatsdiener 21.
Verwaltungsrecht und **Verwaltungsjustiz** in Württemberg 20.

W.

Wasser-Recht, zur Lehre von solchem 239 u. f. 408 u. f.
Wasser-Regal in Württemberg, Wassernutzungen ꝛc., s. Wasserrecht.
Wechsel-Recht, über einige Fragen aus demselben 112.
Wechsel-Zahlung 121.
Wohnungs-Recht 385. 401.
Württembergische Rechtszustände, zur Orientirung über dieselben 4.

Z.

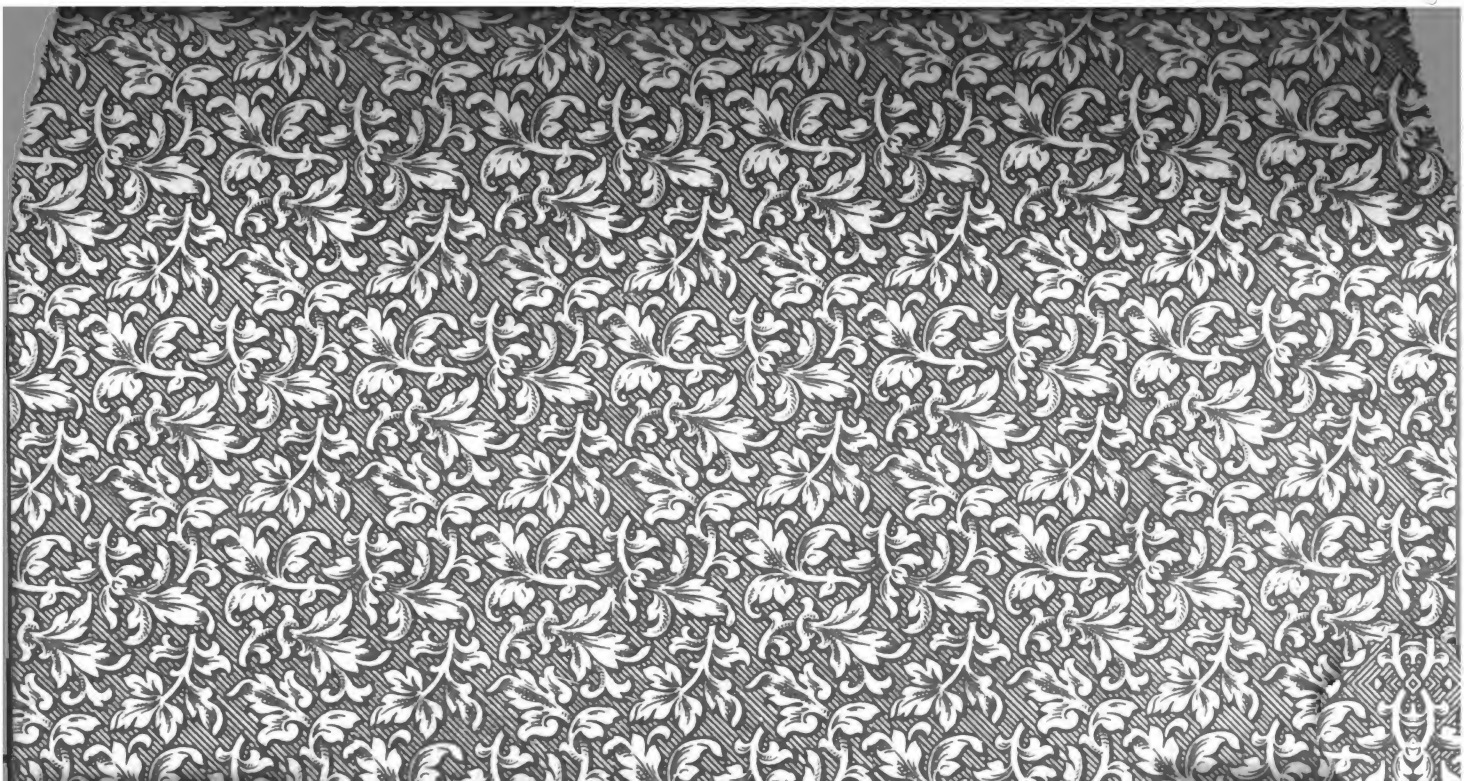
Zuständigkeit, s. Competenz.

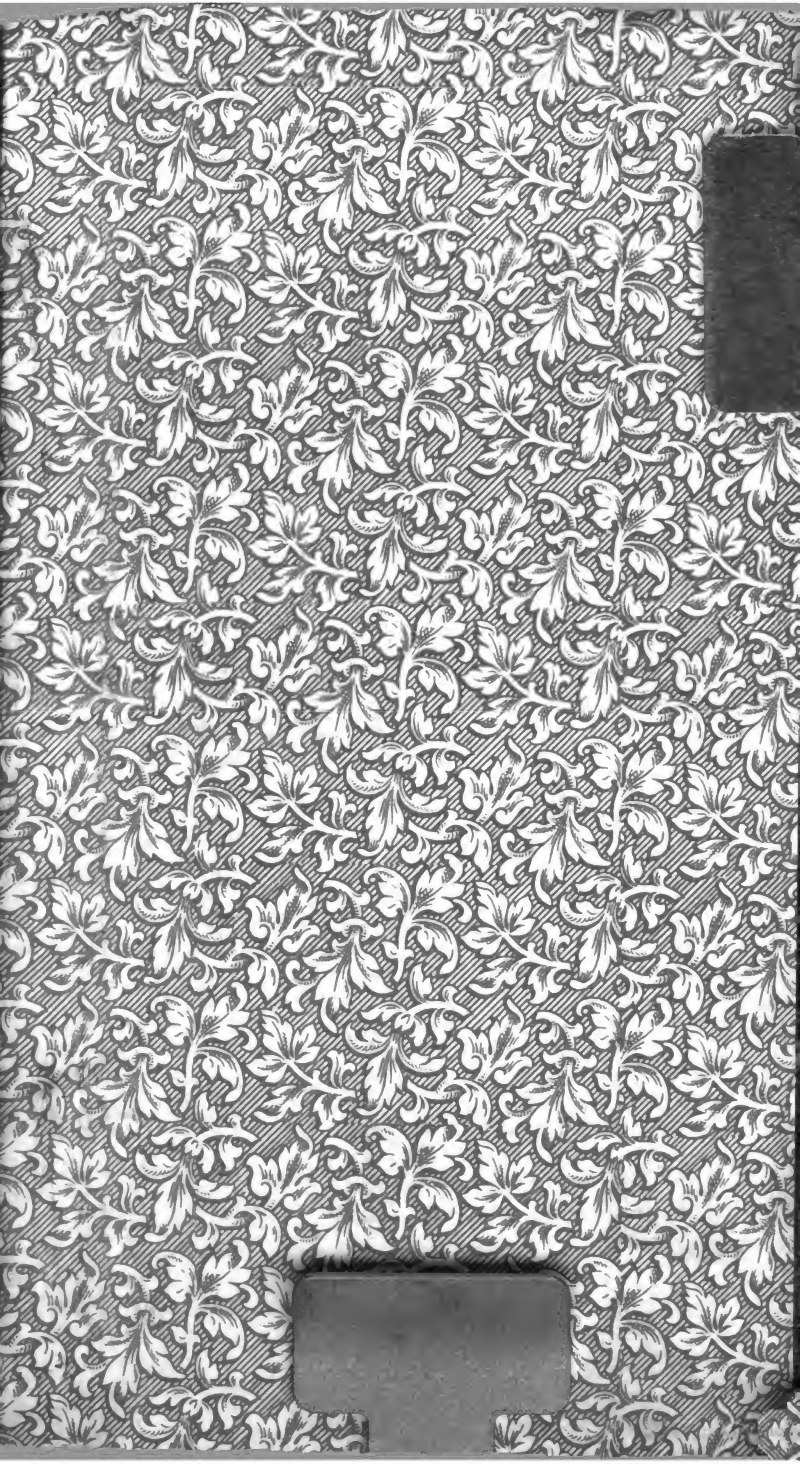
Berichtigung eines Druckfehlers
in dem in Band XX. der Monatsschrift f. d. Justizpflege S. 129 ff. enthaltenen Aufsatz.

S. 156, Zeile 4 von unten sollte es statt: Beklagten heißen: Klägers.

E. A. L. P.
3.16/05.

Digitized by Google





Digitized by Google